

المُقْتَبَع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٦٢٠ هـ

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد الترداوي

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عابد بن عبد المحسن التركي

المجلد السادس عشر

الودعة - إحياء الموات - الجعالة - اللقطة - الوقف

هجر

لطباعة النشر والنشر والنشر

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

الطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

يوزع
عَلَى نَفَقَةٍ

خادم الحرمين الشريفين

لِللَّيْلِ فِي هَدْيِ بْنِ عَبْدِ الْعِزِّزِ السَّعْدِيِّ

خَدَمَةَ لِلْعِلْمِ وَطَلَّابِهِ

أَجْزَلَ اللَّهِ مَثُوبُهُ .. وَدَفَقَهُ لِرِضَائِهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ الْوَدِيعَةِ

المقنع

بَابُ الْوَدِيعَةِ

الشرح الكبير

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فقول رسول الله ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ اتَّيَمَنَّاكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . [١٤٩/٥ ط] رواه أبو داود ، والترمذي ^(٣) ، وقال : حديث حسن . ورؤي عنه ، عليه الصلاة والسلام ، أنه كانت عنده ودائع ، فلما

بَابُ الْوَدِيعَةِ

الإنصاف

فائدة : الودِيعَةُ عبارة عن توكيل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف . قاله في « الفائق » . وقال في « الرعاية الصغرى » : وهي عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه . وقال في « الكبرى » : والإيداع توكيل ، أو استئابة في حفظ مال

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٠/٢ . والترمذي ، في : باب حدثنا ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٨/٥ . والدارمي ، في : باب في أداء الأمانة ... ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٤/٣ .

أراد الهَجْرَةَ أَوْدَعَهَا عِنْدَ أُمِّ أَيْمَنَ ، وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى أَهْلِهَا^(١) . وَأَمَّا
 الإِجْمَاعُ ، فَأَجْمَعَ عُلَمَاءُ كُلِّ عَصَرٍ عَلَى جَوَازِ الإِيدَاعِ وَالِاسْتِيدَاعِ ،
 وَالْعِبْرَةُ تَقْتَضِيهَا ؛ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا ، فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَى جَمِيعِهِمْ حِفْظُ
 أَمْوَالِهِمْ بِأَنْفُسِهِمْ ، وَيَخْتَانُونَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا لَهُمْ . وَالْوَدِيعَةُ فِعْلِيَّةٌ ، مِنْ
 وَدَعَ الشَّيْءَ : إِذَا تَرَكَهَ ، أَيْ هِيَ مَتْرُوكَةٌ عِنْدَ الْمُودِعِ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنْ
 السُّكُونِ . يُقَالُ : وَدَعَ ، يَدَعُ . فَكَانَتْهَا سَاكِنَةً عِنْدَ الْمُودِعِ مُسْتَقَرَّةً .
 وَقِيلَ : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْحِفْظِ وَالِدَّعَةِ ، فَكَانَتْهَا فِي دَعَةٍ عِنْدَ الْمُودِعِ .
 وَقَبُولُهَا مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِهِ الْأَمَانَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَضَاءً حَاجَةً أَخِيهِ
 الْمُؤْمِنِ وَمُعَاوَنَتَهُ . وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، مَتَى أَرَادَ الْمُودِعُ اخْتِذَ
 وَدِيعَتَهُ لَزِمَ الْمُسْتَوْدَعُ رَدُّهَا ؛ لِلْأَيَّةِ . وَإِنْ رَدَّهَا الْمُسْتَوْدَعُ عَلَى صَاحِبِهَا ،
 لَزِمَهُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ مُتَبَرِّعٌ بِإِمْسَاكِهَا ، فَلَا يَلْزِمُهُ التَّبَرُّعُ فِي
 الْمُسْتَقْبَلِ .

زَيْدٌ تَبَرَّعًا . وَمَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وَيُعْتَبَرُ لَهَا أَرْكَانُ الْوَكَالَةِ ، وَتَبْطُلُ بِمُبْطِلَاتِهَا . وَلَوْ
 عَزَلَ نَفْسَهُ ، فَهِيَ بَعْدَهُ أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، حُكْمُهَا فِي يَدِهِ حُكْمُ الثَّوْبِ إِذَا أَطَارَتْهُ الرِّيحُ
 إِلَى دَارِهِ ، يَجِبُ رَدُّهُ إِلَى مَالِكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ « خِلَافِهِ » ، فِي مَسْأَلَةِ
 الْوَكَالَةِ : الْوَدِيعَةُ لَا يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ بِالْقَوْلِ ، وَإِنَّمَا تَنْفَسِخُ بِالرَّدِّ إِلَى صَاحِبِهَا ، أَوْ
 بِأَنْ يَتَعَدَّى الْمُودِعُ فِيهَا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالسَّيْنِ » : فَإِذَا أُنْ يَكُونُ هَذَا

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي التَّرْغِيبِ فِي آدَاءِ الْأَمَانَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدِيعَةِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ . ٢٨٩/٦ .

وَهِيَ أَمَانَةٌ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَتَعَدَّى . وَإِنْ تَلَفَتْ
مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ .

٢٤٣٢ - مسألة : (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها ، إلا أن يتعدى .
وإن تلفت من بين ماله ، لم يضمن ، في أصح الروايتين) وجُمْلَةُ ذلك
أَنَّ الْوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ ، إِذَا تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ وَلَا تَقْرِيطٍ مِنَ الْمُودَعِ ، فَلَيْسَ
عَلَيْهِ ضَمَانٌ ، سَوَاءً ذَهَبَ مَعَهَا شَيْءٌ مِنْ مَالِ الْمُودَعِ أَوْ لَمْ يَذْهَبْ . هَذَا
قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ شَرِيعٌ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ،

تَفْرِيقًا بَيْنَ فُسْخِ الْمُودَعِ وَالْمُودَعِ ، أَوْ يَكُونُ اخْتِلَافًا مِنْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَالْأَوَّلُ
أَشْبَهُ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : إِنْ بَطَلَ حُكْمُ الْوَدِيعَةِ ، بَقِيَ الْمَالُ فِي يَدِهِ
أَمَانَةٌ ؛ فَإِنْ [٢١٦/٢ ط] تَلَفَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ رَدِّهِ ، فَهَدَرَ ، وَإِنْ تَلَفَ بَعْدَهُ ،
فَوُجَّهَانِ . وَقَالَ أَيْضًا : يَكْفِي الْقَبْضُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَقِيلَ : لَا .

قوله : وَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ . يَعْنِي ، إِذَا
لَمْ يَتَعَدَّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا اخْتِيَارُ أَكْثَرِ
الْأَصْحَابِ . وَصَرَّحَ الْمُصَنِّفُ فِي آخِرِينَ ، أَنَّهُ أَصَحُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ .
قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا أَظْهَرُ الرُّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ
مُنْجَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَضْمَنْ . نَصَّ عَلَيْهَا . قَالَ
الزَّرْكَاشِيُّ : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُحَلُّ الرُّوَايَةِ ، إِذَا ادَّعَى التَّلَفَ ، أَمَا إِنْ ثَبَتَ التَّلَفُ ،
فَإِنَّهُ يَنْبَغِي انْتِفَاءُ الضَّمَانِ ، بِرَوَايَةٍ وَاحِدَةٍ .

والتَّوَرَّى ، والشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وعن أَحْمَدَ رِوَايَةً ، إِنْ ذَهَبَتْ
 الْوَدِيعَةُ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ضَمِنَهَا ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ
 ضَمَّنَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ^(١) . قَالَ الْقَاضِي :
 وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاها أَمَانَةً ، وَالضَّمَانُ يُنَافِي الْأَمَانَةَ . وَرَوَى
 الدَّارَقُطْنِيُّ ^(٢) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَى الْمُودَعِ ضَمَانٌ » . ^(٣) وَلِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ مُؤْتَمَنٌ ،
 فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّيهِ وَلَا تَقْرِيطِهِ ، كَمَا لَوْ ذَهَبَتْ مَعَهُ مَالُهُ ،
 [٥٠/٥] وَلِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ إِنَّمَا يَحْفَظُهَا لِصَاحِبِهَا مُتَبَرِّعًا ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ
 يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَلَوْلَزِمَهُ الضَّمَانُ لَامْتَنَعَ النَّاسُ مِنَ اسْتِئْذَانِهِ ، وَذَلِكَ مُضِرٌّ ؛
 لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا . وَمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ مَحْمُولٌ عَلَى التَّقْرِيطِ مِنْ
 أَنَسٍ فِي حِفْظِهَا ، فَلَا يُنَافِي مَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ تَعَدَّى الْمُودَعُ فِيهَا ، أَوْ قَرِطَ
 فِي حِفْظِهَا ، ضَمِنَهَا ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ لِمَالٍ غَيْرِهِ ،
 فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِ .

فَالِدَةٌ : لَوْ تَلَفَتْ مَعَهُ مَالُهُ مِنْ غَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . بَلَا نِزَاعٍ فِي
 الْمَذْهَبِ ، وَقَدْ تَوَاتَرَ النَّصُّ عَنْ أَحْمَدَ بِذَلِكَ . وَإِنْ تَلَفَتْ بَتَعَدُّيهِ ، وَتَقْرِيطِهِ ، ضَمِنَ ،
 بَلَا خِلَافٍ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب لا ضمان على مؤتمن ، من كتاب الوديعه . السنن الكبرى ٢٨٩/٦ .

(٢) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٤١/٣ . بنحوه .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الوديعه ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ . بنحوه أيضا .

(٣ - ٣) سقط من : م .

وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا .

المقتنع

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُودِعُ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ ضَمَانَ الْوَدِيعَةِ ، فَقَبِلَهُ ، أَوْ قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ لَهَا . لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْمُودِعِ : إِذَا قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ . فَسَرِقَتْ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَصْلَهُ الْأَمَانَةُ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَمَالِ الشَّرَكَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالْوَكَالَةِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَرَطَ ضَمَانَ مَا لَمْ يُوجَدِ سَبَبُ ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ضَمَانَ مَا يَتَلَفُ فِي يَدِ مَالِكِهِ .

٢٤٣٣ - مسألة : (وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا) إِذَا أُودِعَ وَدِيعَةً ، وَلَمْ يُعَيَّنِ الْمُودِعُ لَهُ مَوْضِعًا لَهَا ، فَإِنَّ الْمُودِعَ يَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا ، كَمَا يَحْفَظُ مَالَهُ . وَجِرْزُ مِثْلِهَا يُذَكِّرُ فِي بَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ . فَإِنْ لَمْ يَحْفَظْهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَرَطَ فِيهَا ، فَإِنْ وَضَعَهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا ، "ثُمَّ نَقَلَهَا عَنْهُ إِلَى جِرْزٍ مِثْلِهَا" ، لَمْ يَضْمِنْهَا ، سَوَاءً نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِ الْأَوَّلِ أَوْ دُونِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا رَدَّ حِفْظَهَا إِلَى رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ ، وَأَذِنَ لَهُ فِي إِخْرَازِهَا بِمَا شَاءَ مِنْ إِخْرَازٍ مِثْلِهَا ، وَلِهَذَا لَوْ تَرَكَهَا فِي الثَّانِي أَوْ لَا ، لَمْ يَضْمِنْهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا نَقَلَهَا إِلَيْهِ . وَلَوْ كَانَتْ الْعَيْنُ فِي بَيْتِ صَاحِبِهَا ، فَقَالَ لِرَجُلٍ : احْفَظْهَا فِي مَوْضِعِهَا . فَنَقَلَهَا عَنْهُ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَهَا ؛

قوله : وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا . يَعْنِي ، عُرْفًا ، كَالْجِرْزِ فِي السَّرْقَةِ ، عَلَى الْإِنصَافِ مَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . هَذَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ صَاحِبُهَا جِرْزًا .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَإِنْ عَيْنٌ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ .

الشرح الكبير

لأنه ليس بمودع ، إنما هو وكيل في حفظها . وليس له إخراجها من ملك صاحبها ، ولا من موضع استأجره لها ، إلا أن يخاف عليها ، فعليه إخراجها ؛ لأنه مأمور بحفظها ، وقد تعين حفظها في إخراجها ، ويعلم أن صاحبها لو حصر في هذه الحال ، أخرجها ، ولأنه مأمور بحفظها على صفة ، فإذا تعدت الصفة ، لزمه حفظها بدونها ، كالمستودع إذا [١٥٠/٥ ط] خاف عليها .

٢٤٣٤ - مسألة : (وَإِنْ عَيْنٌ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ المودع إذا أَمَرَ المُستودعَ بِحِفْظِهَا فِي مَكَانٍ عَيْنِهِ ، فَحِفْظُهَا فِيهِ ، وَلَمْ يَخْشَ عَلَيْهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَلِكٌ ، غَيْرُ مُفْرَطٍ . وَإِنْ أَخْرَجَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ ، وَلِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَرْضَهُ .

الإنصاف

قوله : فَإِنْ عَيْنٌ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ . هذا المذهب مطلقاً . أغنى ، سواء رُدّها إلى حِرْزِهَا الذي عَيْنُهُ لَهَا ، أَوْ لَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِير » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : إِنْ رُدّها إِلَى حِرْزِهَا الذي عَيْنُهُ لَهَا ، قُتِلَتْ ^(١) ، لَمْ يَقْضَمَنَّ . حَكَاهُ فِي « الْفُرُوع » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِنْ عَيْنَ رَبُّهَا حِرْزًا ، فَأَخْرَجَهَا بِدُونِهِ ، ضَمِينَ . قُلْتُ : وَلَمْ يَرُدّها إِلَى حِرْزِهِ . انْتَهَى .

(١) فِي ط : « قُتِلَتْ » .

وَأِنْ أُخْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ الْمَنْعَ يَفْعَلَهُ لِحَاجَةٍ .

٢٤٣٥ - مسألة : (وإن أُخْرَزَهَا فِي مِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ)
وكذلك إن نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْجِرْزِ لِغَيْرِ حَاجَةٍ . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي .
وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَقْيِيدُهُ بِهَذَا الْجِرْزِ ، يَقْتَضِي مَا هُوَ مِثْلُهُ ، كَمَنْ
اِكْتَرَى أَرْضًا لَزَرْعِ الْحِنْطَةِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا وَزَرْعُ مِثْلِهَا فِي الصَّرْرِ ، وَلِأَنَّ
مَنْ رَضِيَ جِرْزًا ، رَضِيَ مِثْلَهُ أَوْ فَوْقَهُ (وَقِيلَ : يَضْمَنْ) وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ
الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِشَيْءٍ يَقْتَضِي تَعَيُّنَهُ ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ . وَإِنْ
نَقَلَهَا إِلَى أُخْرَزَ مِنْهُ ، فَهُوَ كَالْوَقْعِ نَقْلَهَا إِلَى مِثْلِهِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ لِحَاجَةٍ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛
لِمَا نَذَرُوهُ .

قوله : وإن أُخْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
اِخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْكَافِي » ،
وغيرهما . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، فِي
الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَقَدَّمَهُ فِيهِمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَاتِحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي الثَّانِيَةِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنْ فِيهِمَا ، إِلَّا أَنْ يَفْعَلَهُ لِحَاجَةٍ .
ذَكَرَهُ الْأَمِيدِيُّ ، وَأَبُو حَكِيمٍ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « التَّبَصُّرَةِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَهُوَ
« ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ » ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (١) كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُتَوَرِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَحَرَّرِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنْ ، إِنْ أُخْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، وَلَا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَأَن نَّهَاهُ عَنِ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِعَشِيَانِ شَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ،
لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا قَتَلَتْ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ
خَوْفٍ ، ضَمِنَ .

المقتنع

٢٤٣٦ - مسألة : (وَإِنْ نَّهَاهُ) المَالِكُ (عَنْ إِخْرَاجِهَا)
فَأَخْرَجَهَا (لِعَشِيَانِ شَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ^(١)) ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا
قَتَلَتْ ، ضَمِنَهَا . وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ (إِذَا نَّهَاهُ المَالِكُ عَنْ
إِخْرَاجِهَا مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ مَا لَوْ لَمْ يَنْتَهَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا
مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . فَإِنْ أَخْرَجَهَا لَشَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ، مِثْلُ أَنْ خَافَ
عَلَيْهَا نَهْيًا ، أَوْ هَلَاكًا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفْرَطٍ فِي حِفْظِهَا ، لِأَنَّهُ حَفِظَهَا

الشرح الكبير

يَضْمَنْ ، إِنْ أَخْرَجَهَا بِأَعْلَى مِنْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : وَهُوَ أَقْسُ . وَأُطْلِقَتْ فِيهَا ^(٢) .

الإنصاف

تبيينه : قال الحارثي : لافرق ، فيما ذكر ، بين الجعلِ أَوَّلًا ، فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ ،
وبين الثقلِ إليه . قال فِي « التَّلْخِصِ » : وَأَصْحَابُنَا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ تَلْفِئِهَا بِسَبَبِ
الثقلِ ، وبَيْنَ تَلْفِئِهَا بِغَيْرِهِ ، وَعِنْدِي ، إِذَا حَصَلَ التَّلْفُ بِسَبَبِ الثقلِ ؛ كَانِهِدَامِ
الْيَتِّ الْمُنْقُولِ إِلَيْهِ ، ضَمِنَ .

قوله : وَإِنْ نَّهَاهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِعَشِيَانِ شَيْءٍ ، الْغَالِبُ فِيهِ التَّوَى ،
لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لَكِنْ إِذَا أَخْرَجَهَا

(١) التوى : الهلاك .

(٢) فِي ١ : « فِيهِمَا » .

الشرح الكبير

نَقَلَهَا ؛ وَتَرَكَهَا تَضَيِّعَ لَهَا . وَإِنْ نَقَلَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ إِلَى دُونِ الْجِرْزِ ؛ فَإِنْ أَمَكَّنَتْ إِخْرَازَهَا فِي مِثْلِهِ ، أَوْ أَعْلَى مِنْهُ ، ضَمِنَتْهَا ؛ لِتَقْرِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنِّ إِخْرَازَهَا بِذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ، وَلَيْسَ فِي وُسْعِهِ سِوَاهُ . وَإِنْ تَرَكَهَا قَتَلَتْ ، ضَمِنَ ، سِوَاءَ تَلَفَتْ بِالْأَمْرِ الْمَخُوفِ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرِّطٌ فِي حِفْظِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَفِظَهَا فِي نَقْلِهَا ، وَتَرَكَهَا تَضَيِّعَ لَهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَإِنْ أَخْرَجَهَا لغيرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ سِوَاءَ أَخْرَجَهَا إِلَى مِثْلِ الْجِرْزِ أَوْ دُونِهِ أَوْ فَوْقَهُ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ نَصَّ صَاحِبِهَا [١٥١/٥] لغيرِ فَائِدَةٍ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُعَيِّنْ

فَلَا يُخْرِجُهَا إِلَّا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا أَوْ فَوْقَهُ ، فَإِنْ تَعَدَّرَ ، وَالحَالَةُ هَذِهِ ، وَنَقَلَ إِلَى أَدْنَى ، فَلَا ضَمَانَ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَنْ أَحْفَظُ ، وَلَيْسَ فِي الْوُسْعِ سِوَاهُ . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا .

قوله : وَإِنْ تَرَكَهَا قَتَلَتْ ، ضَمِنَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ إِخْرَاجُهَا ، وَالحَالَةُ هَذِهِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَصَحُّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَزِمَهُ إِخْرَاجُهَا فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : ضَمِنَ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ رَبِّهَا .

له جِرْزًا . وقد ذَكَرْنَاهُ . وهو قولُ القاضي . وقال أبو حنيفة : إن نَهَاه
 عَنْ نَقْلِهَا مِنْ بَيْتٍ ، فَقَلَّهَا إِلَى بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ
 مِنْ دَارٍ وَاحِدَةٍ جِرْزٌ وَاحِدٌ ، وَطَرِيقُ أَحَدِهِمَا طَرِيقُ الْآخَرِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ
 نَقَلَّهَا مِنْ زَاوِيَةٍ إِلَى زَاوِيَةٍ . وَإِنْ نَقَلَّهَا مِنْ دَارٍ إِلَى دَارٍ أُخْرَى ، ضَمِنَ .
 وَلَنَا ، أَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِهَا بِمَا لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ ، فَيَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ نَقَلَّهَا
 مِنْ دَارٍ إِلَى دَارٍ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْفَرْقُ ؛ لِأَنَّ بَيُوتَ الدَّارِ تَخْتَلِفُ ، فَمِنْهَا
 مَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الطَّرِيقِ ، أَوْ إِلَى الْإِنْهَادِ ، أَوْ إِلَى مَوْضِعِ الْوُقُودِ ، أَوْ
 أَسْهَلُ فَتْحًا ، أَوْ أَضْعَفُ حَائِطًا ، أَوْ أَسْهَلُ نَقْبًا ، أَوْ يَكُونُ الْمَالِكُ يَسْكُنُ
 بِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ وَأَشْبَاهَ هَذَا مَا يُؤَثِّرُ فِي الْحِفْظِ أَوْ فِي عَدَمِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْوِيتُ
 غَرَضِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ مِنْ تَعْيِينِهِ مِنْ غَيْرِ صَرُورَةٍ .

(الفائدة : لو تَعَلَّرَ الْأَمْتَلُ وَالْمُمَاتِلُ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، فَلَا ضَمَانَ . ذَكَرَهُ
 الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى »^(١) .

قوله : وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
 الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُحْرَمُ إِخْرَاجُهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ
 بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
 وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، قَالَ فِي
 « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

فَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرِجْهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير

٢٤٣٧ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرِجْهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ) إِذَا أَخْرِجَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ شَرْطُ صَاحِبِهَا لَغَيْرِ حَاجَةٍ . وَإِنْ أَخْرِجَهَا عِنْدَ خَوْفِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ إِذَا تَلَفَتْ « لِأَنَّ نَهْيَهُ »^(١) مَعَ خَوْفِ الْهَلَاكِ نَصٌّ فِيهِ ، وَتَضَرُّعٌ بِهِ ، فَيَكُونُ مَا ذُوْنَا فِي تَرْكِهَا فِي تِلْكَ الْحَالِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِامْتِنَالِهِ أَمْرَ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي إِتْلَافِهَا . وَلَا يَضْمَنْ إِذَا أَخْرِجَهَا ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا وَحِفْظًا ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي إِتْلَافِهَا ، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلَفَتْ .

فصل : إِذَا أَخْرَجَ الْوَدِيعَةَ الْمَنْهِيَّ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَتَلَفَتْ ، فَادَّعَى أَنَّهُ أَخْرَجَهَا لِعَشْيَانٍ نَارٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، أَوْ أَمْرٍ ظَاهِرٍ ، وَأَنْكَرَ صَاحِبُهَا وَجُودَهُ ، فَعَلِيَ الْمُسْتَوْدِعَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مَا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا تَعْدُرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ؛ الظُّهُورُ . فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي التَّلَفِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ تَعْدُرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُطَالَبْ

قوله : وَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا ، وَإِنْ خِفتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرِجْهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به أكثرهم ؛ منهم صاحب « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُذَقِّبِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

بها ، كما لو ادَّعى تَلَفَهَا بِأَمْرِ خَفِيٍّ [١٥١/٥ ط] . وهذا قولُ الشافعي .
والْحُكْمُ فِي إِخْرَاجِهَا مِنَ الْخَرِيْطَةِ ^(١) وَالصُّنْدُوقِ ، حُكْمُ إِخْرَاجِهَا مِنَ
الْبَيْتِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ .

الشرح الكبير

فصل : ولو أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي مَنْزِلِهِ ، فَتَرَكَهَا فِي ثِيَابِهِ ، وَخَرَجَ بِهَا ،
صَمِنَتْهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ أَخْرَزُ لَهَا . وَإِنْ جَاءَهُ فِي السُّوقِ ، فَقَالَ : أَخْفَظْهَا
فِي بَيْتِكَ . فَقَامَ بِهَا فِي الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي دُكَّانِهِ
أَوْ ثِيَابِهِ ، وَلَمْ يَحْمِلْهَا إِلَى بَيْتِهِ مَعَ امْتِنَانِهِ ، فَتَلَفَتْ ، صَمِنَتْهَا ؛ لِأَنَّ بَيْتَهُ أَخْرَزُ
لَهَا . هَكَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى تَرَكَهَا عِنْدَهُ
إِلَى وَقْتٍ مُضِيِّهِ إِلَى مَنْزِلِهِ فَيَسْتَضِجِبُهُ ^(٣) مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْمُوَدِّعَ
عَالِمٌ بِهَذِهِ الْعَادَةِ ، رَاضٍ بِهَا ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهَا لَشَرَطَ عَلَيْهِ إِخْلَافَهَا ، وَأَمَرَهُ
بِتَعْجِيلِ حَمْلِهَا ، فَإِمَّا أَنْ يَقْبَلَهَا بِهَذَا الشَّرْطِ أَوْ يَرُدَّهَا .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْوَجِيزِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِنَّ
وَأَقْفَهُ أَوْ خَالَفَهُ ، صَمِنَ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا .

الإِنصاف

تَنْبِيْهِهِ : ظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَهَا مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ . وَهُوَ صَحِيحٌ .
صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ .

(١) الخريطة : وعاء من جلد ونحوه يشد على ما فيه .

(٢) في : المغنى ٢٦٥/٩ ، ٢٦٦ .

(٣) في م : « فيصطحبه » .

وَلَوْ أَوْدَعَهُ بِهَيْمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَنْتَهَاهُ
الْمَالِكُ عَنْ عَلْفِهَا .

٢٤٣٨ - مسألة : (وإن أودعه بهيمة ، فلم يعلفها حتى ماتت ، ضَمِنَهَا ، إِلَّا أَنْ يَنْتَهَاهُ الْمَالِكُ عَنْ عَلْفِهَا) إذا أودعه بهيمة ، ولم يأمره بعلفها ، لزمه ذلك . وبه قال الشافعي . ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ . وبه قال أبو حنيفة ؛ لَأَنَّهُ اسْتَحْفَظَهُ إِيَّاهَا ، ولم يأمره بعلفها ، والعَلْفُ عَلَى مَالِكِهَا ، فإذا لم يعلفها كان هو الْمُفْرَطَ . ولنا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِتْلَافُهَا ، وَلَا التَّفْرِيطُ فِيهَا ، فإذا أمره بحفظها تَصَمَّنَ ذَلِكَ عَلْفُهَا وَسَقْيُهَا ، فَإِنْ تَرَكَ عَلْفَهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ مُفْرَطٌ فِيهَا . فَإِنْ أَمَرَهُ صَاحِبُهَا بِعَلْفِهَا وَسَقْيِهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ لِحُرْمَةِ صَاحِبِهَا ؛ لَأَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَلِحُرْمَةِ الْبَهِيمَةِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَجِبُ إِخْيَاؤُهُ بِالْعَلْفِ وَالسَّقْيِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ عَلْفُهَا ، إِلَّا أَنْ يَقْبَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِمُجَرَّدِ أَمْرِ صَاحِبِهَا ، كَغَيْرِ الْوَدِيعَةِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . ثُمَّ يُنْتَظَرُ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ الْمُسْتَوْدَعُ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ ، طَالَبَهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أَوْ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ ، أَوْ يَأْذُنُ لَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا لِيَرْجِعَ بِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَاحِبِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ،

قوله : (وإن أودعه بهيمة ، فلم يعلفها حتى ماتت ، ضَمِنَ . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرهم . وقيل : لَا يَضْمَنُهَا . وهو أَحْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . قلت : لَكِنْ يَخْرُمُ تَرْكُ عَلْفِهَا . وَيَأْتِي حَتَّى وَلَوْ قَالَ لَهُ : لَا تَعْلِفْهَا . [٢١٧/٢] عَلَى مَا يَأْتِي .

فَإِنْ وَجَدَ لَصَاحِبِهَا مَالًا أَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَالًا فَعَلَ مَا يَرَى
لَصَاحِبِهَا الْحَظَّ [١٥٧/٥] فِيهِ ، مِنْ يَبِيعُهَا ، أَوْ يَبْعَ بَعْضُهَا وَإِنْفَاقَهُ
عَلَيْهَا ، أَوْ إِجَارَتَهَا ، أَوْ الِاسْتِدَانَةَ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيَذْفَعُهُ إِلَى الْمُودَعِ لِيَنْفِقَهُ
عَلَيْهَا ، أَوْ إِلَى غَيْرِهِ فَيَنْفِقُ عَلَيْهَا ، إِنْ رَأَى ذَلِكَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ لِلْمُودَعِ
أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَيَكُونَ قَابِضًا مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ ، وَيَكِلْ ذَلِكَ إِلَى
اجْتِهَادِهِ فِي قَدَرِ مَا يُنْفِقُ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى صَاحِبِهَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدَرِ
النَّفَقَةِ ، قَبْلَ قَوْلِ الْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى النَّفَقَةَ بِالْمَعْرُوفِ ، وَإِنْ ادَّعَى زِيَادَةً ،
لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدَرِ الْمُدَّةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَانْفَقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ
عَلَى صَاحِبِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى الرَّجُوعِ ، رَجَعَ بِمَا أَنْفَقَ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ
عُرْفًا ، وَلَا تَقْرِيطَ مِنْهُ إِذْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ امْتِنَانٍ اسْتِئْذَانِ
الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ . نَصَّ عَلَيْهِمَا فِيمَا إِذَا أَنْفَقَ عَلَى الْبَيْهَمَةِ
الْمَرْهُونَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرْفًا .
وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُفْرَطٌ بِتَرْكِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ . وَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، لَوْ أَمَرَهُ بِعَاقِبَتِهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ مُطْلَقًا : عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
وَقِيلَ : لَا يُلْزَمُهُ إِلَّا مَعَ قَبُولِهِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . وَمِنْهَا ، لَوْ نَهَاها عَنْ
عَاقِبَتِهَا ، انْتَفَى وَجُوبُ الصُّمَانِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى حَظِّ الْمَالِكِ ، وَأَمَّا بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْحُرْمَةِ ،
فَلَا أَثَرَ لِنَهْيِهِ ، وَالْوُجُوبُ بَاقٍ بِحَالِهِ . قَالَ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَيَقْوَى عِنْدِي
أَنَّهُ يَضْمَنُ . وَمِنْهَا ، إِنْ كَانَ إِنْفَاقُهُ عَلَيْهَا بِإِذْنِ رَبِّهَا ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ تَعَذَّرَ إِذْنُهُ ؛
فَإِنْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ حَاكِمٍ ، رَجَعَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ مَعَ تَعَذُّرِهِ ، وَأَشْهَدَ

إشهاد ، مع العجز عن استئذان الحاكم ، أو مع إمكانه ، ففى الرجوع أيضا وجهان ، وجههما ما ذكرنا . ومتى غلف البهيمة أو سقاها فى داره أو غيرها ، بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك ، كما يفعل فى بهائم ، على ما جرت به العادة ، فلا ضمان فيه ؛ لأن هذا مأذون فيه عرفا ، لجريان العادة به ، فأشبهه المصرح به .

فصل : فإن نهاه المالك عن غلفها وسقيها ، لم يجوز له ترك غلفها ؛ لأن للحیوان حرمة فى نفسه يجب إحياءه لحق الله تعالى . فإن غلفها وسقاها ، فهو كما لو لم ينهه ، وإن تركها حتى تلفت ، لم يضمنها . وهو قول أكثر أصحاب الشافعى . وقال بعضهم : يضمّن ؛ لأنه تعدى بترك غلفها ، أشبه ما إذا لم ينهه . وهو قول ابن المنذر ؛ لتهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال ، فيصير أمر مالكها وسكوته سواء . ولنا ، [١٥٢/٥ ط] أنه ممثّل قول صاحبها ، فلم يضمنها ، كما لو أمره بقتلها ، ففعل ، وكما

على الإنفاق ، فله الرجوع . قال الحارثى : رواية واحدة . حكاه الأصحاب . وإن كان مع إمكان إذن الحاكم ، ولم يستأذنه ، بل نوى الرجوع فقط ، لم يرجع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى « الفروع » هنا . وهو ظاهر ما جزم به فى « المحرر » ، فى باب الرهن ، و « المنور » . وقيل : يرجع . جزم به فى « المنتخب » . واختاره ابن عبدوس فى « تذكيرته » . وصححه الحارثى ، وصاحب « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفائق » . قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ،

لو قال : لا تُخرج الودِيعَةَ وإن خِفْتَ عليها . فخاف عليها ولم يُخرجْها ، أو أمره بإلقائها في نارٍ . وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرْوه . ومنع ابنُ المُنْذِرِ الحُكْمَ فيما إذا أمره بإتلافها فأتلفها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه نائبُ صاحبِها ، فلم يَغْرَمْ ، كما لو استنابَه في مُباحٍ ، والتَّحْرِيمُ أثرُه في بقاءِ حقِّ الله تعالى . وهو الإثمُ ، أمَّا حقُّ الآدميِّ فلا يَبْقَى مع إذنه في تَفْوِيته ، ولأنَّها لم تَتَلَفْ بِفِعْلِهِ ، وإنما تَلَفَتْ بِتَرْكِ العَلْفِ المَأْذُونِ فيه ، أشَبَه ما إذا نَهاه عن إخراجها مع الخَوْفِ ، فلم يُخْرِجْها .

و « الخُلَاصَةُ » ، و « المُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « التَّلْخِيس » ، و « الرُّعَايَةُ الكُبْرَى » . وظاهرُ « الفُرُوع » ، في بابِ الرُّهْنِ ، إطلاقُ الخِلافِ . وقال في « القَاعِدَةُ الحَامِسَةُ والسَّبْعِينَ » : إذا أَنْفَقَ الْمُودَعُ^(١) على الحيوانِ المُسْتَوْدَعِ نَوايَا لِلرُّجُوعِ ؛ فَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِثْذَانُ مَالِكِهِ ، رَجَعَ ، وإن لم يَتَعَذَّرْ ، فَطَرِيقَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ على الرُّوَابِطَيْنِ في قَضَاءِ الدِّينِ وأوَّلَى ؛ لأنَّ للحيوانِ حُرْمَةً في نَفْسِهِ تُوجِبُ تَقْدِيمَهُ على قَضَاءِ الدِّينِ أحياناً ، وهى طَرِيقَةُ صَاحِبِ « المُعْنَى » . والثَّانِيَةُ ، لا يَرْجِعُ ، قَوْلًا واحِدًا ، وهى طَرِيقَةُ صَاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، مُتَابَعَةً لِأَيِّ الخُطَّابِ . انتهى . وهذه الطَّرِيقَةُ هى المَذْهَبُ . وهى طَرِيقَةُ صَاحِبِ « التَّلْخِيسِ » ، و « الفُرُوع » ، و « الوَجِيز » ، وغيرهم . وتَقْدِمْ حُكْمُ المَسْأَلَةِ في كلامِ المُصَنِّفِ ، في بابِ الرُّهْنِ أيضًا . ومنها ، لو خِيفَ على الثُّوبِ العَثْ ، وَجَبَ عليه نَشْرُهُ ، فَإِنْ لم يَفْعَلْ وتَلَفَ ، ضَمِنَ .

(١) سقط من : الأصل ، ط .

فَإِنْ قَالَ : اَتْرُكِ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ .
وَأِنْ قَالَ : اَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . فَإِنْ
تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، اَحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٣٩ - مسألة : (وإن قال : اَتْرُكِ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا
فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ) لِأَنَّهُ رُبَّمَا نَسِيَ ، فَسَقَطَ الشَّيْءُ مِنْ كُمِّهِ . وَكَذَلِكَ
إِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْجَيْبَ أَخْرَزُ (وَإِنْ قَالَ : اَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا
فِي "جَيْبِهِ" ، لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الْجَيْبَ أَخْرَزُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ :
اَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ (فَتَرَكَهَا فِي "يَدِهِ" ، اَحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ،
يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الشَّيْءِ مِنَ الْيَدِ مَعَ النِّسْيَانِ أَكْثَرُ مِنْ سُقُوطِهِ مِنَ الْكُمِّ .
وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهَا الطَّرَارُ بِالْبَطْنِ (١) ، بِخِلَافِ

قوله : وَإِنْ قَالَ : اَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَخْرُجُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَقَدِّمِ بِالضَّمَانِ بِالْإِخْرَازِ فِيمَا فَوْقَ
الْمُعَيَّنِ (٢) ، وَجُوبُ الضَّمَانِ هُنَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، اَحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْهَدَايَةِ» ،
و«الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ،
و«الْهَادِي» ، وَ«التَّلْخِصِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«النَّظْمِ» ،
و«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَاتِقِ» ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنْ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) الطرار : النشال . ويط الكم : شقه .

(٣) في الأصل ، ١ : « العين » .

الْكُمِّ ، وَلَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُخْرِزُ مِنْ وَجْهِهِ ، فَتَسَاوَا . وَلِمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ أَنْ يَقُولَ : متى كان كلُّ واحدٍ مِنْهُمَا أُخْرِزُ مِنْ وَجْهِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّهُ قُوَّتُ الْوَجْهِ الْمَأْمُورُ بِالْحِفْظِ بِهِ ، وَأَتَى بِمَا لَمْ يُؤْمَرْ بِهِ ، فَضَمِنَ لِمُخَالَفَتِهِ . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَجَعَلَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ لذلِكَ ^(١) . وقال القاضى : الْيَدُ أُخْرِزُ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، وَالْكُمُّ أُخْرِزُ عِنْدَ عَدَمِ الْمُغَالَبَةِ . فعلى هذا ، إِنْ أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَشَدَّهَا فِي كُمِّهِ مِنْ غَيْرِ حَالِ الْمُغَالَبَةِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذلِكَ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مُطْلَقًا ، فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، أَوْ شَدَّهَا فِي كُمِّهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي كُمِّهِ غَيْرَ مَشْدُودَةٍ ، وَكَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَشْعُرُ بِهَا

قال الحارثيُّ : وهو الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . ^(٢) وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ^(٣) . وَالثَّانِي ، يَضْمَنُ . وهو الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ فِي «التَّضْحِيحِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الكافي» . قال الحارثيُّ : وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْمُصَنِّفِ فِي «كِتَابِيهِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «إِذْرَاكِ الْغَايَةِ» . وَفِي «التَّلْخِصِ» وَجْهٌ ثَالِثٌ ، إِنْ تَلَفَتْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ أُخْرِزُ . وَإِنْ تَلَفَتْ لِنَوْمٍ أَوْ نِسْيَانٍ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي الْكُمِّ مَرْبُوطَةً ، لَمَا ذَهَبَتْ .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، وَكَذلِكَ الْحُكْمُ وَالْخِلَافُ لَوْ قَالَ : ائْتَرُكُهَا فِي يَدِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ . قال فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ : وقال القاضى : الْيَدُ أُخْرِزُ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، وَالْكُمُّ أُخْرِزُ عِنْدَ عَدَمِ الْمُغَالَبَةِ . فعلى هذا ، إِنْ أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَشَدَّهَا فِي

(١) فِي م : « كذلِكَ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ ط .

الشرح الكبير

إِذَا سَقَطَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ ، وَإِنْ كَانَتْ ثَقِيلَةً يَشْعُرُ بِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا عَادَةُ النَّاسِ فِي حِفْظِ أَمْوَالِهِمْ . وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى عَضْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَخْفَظُ لَهَا . [١٥٣/٥] وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ شَدَّهَا مِنْ جَانِبِ الْجَنْبِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَإِنْ شَدَّهَا مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطْطِهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَنْبِ . وَهَذَا يَنْطُلُ بِمَا إِذَا تَرَكَهَا فِي جَنْبِهَا ، أَوْ رَبَطَهَا فِي كُمِّهَا ، فَإِنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطْطِهَا وَلَا يَضْمَنْ ، وَلَيْسَ إِمَّاكَانُ حِرْزِهَا بِأَخْفَظِ الْحِرْزَيْنِ مَانِعًا مِنْ إِخْرَازِهَا بِمَا دُونَهُ ، إِذَا كَانَ حِرْزًا لِمِثْلِهَا . وَشَدَّهَا عَلَى الْعَضْدِ حِرْزٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يُحَرِّزُونَ بِهِ أَمْوَالَهُمْ ، فَأَشْبَهَ شَدَّهَا فِي الْكُمِّ وَتَرَكَهَا فِي الْجَنْبِ ، لَكِنْ لَوْ أَمَرَهُ بِشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَنْبِ ، فَشَدَّهَا مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَانِبِ الْآخَرَ ، فَشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَنْبِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ أُحْرِزُ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِشَدَّهَا عَلَى عَضْدِهِ مُطْلَقًا ، أَوْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مَعَهُ ، فَشَدَّهَا مِنْ أَىِّ الْجَانِبَيْنِ كَانَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَلِكٌ أَمْرَ مَالِكِهَا ، مُخَرِّزٌ لَهَا بِحِرْزِ مِثْلِهَا . وَإِنْ شَدَّهَا عَلَى وَسْطِهِ ، فَهُوَ أُحْرِزُ لَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَرَكَهَا فِي بَيْتِهِ فِي حِرْزِهَا .

الإنصاف

كُمِّهَا فِي غَيْرِ حَالِ الْمُغَالَبَةِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، ضَمِنَ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ جَاءَهُ إِلَى السُّوقِ وَأَمَرَهُ بِحِفْظِهَا فِي بَيْتِهِ ، فَتَرَكَهَا عِنْدَهُ إِلَى مُضِيِّهِ إِلَى مَنْزِلِهِ ، ضَمِنَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدْ مَعَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَقَالَ الْأَصْحَابُ : يَضْمَنْ مُطْلَقًا . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَمَالَ إِلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :

فصل : وإن أمره أن يجعلها في صندوق ، وقال : لا تقفل عليها ، ولا تنم فوقها . فخالقه ، أو قال : لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً . فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه . ذكره القاضي . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وحكى عن مالك أنه يضمن ؛ لأنه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها ، أشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله ، فأخرجها لغير حاجة ؛ وذلك لأن النوم عليها ، وترك قفلين ، وزيادة الاحتفاظ ، ينه اللص عليها ، ويحثه على الجِدْف في سرقتها ، والاحتياط لأخذها . ولنا ، أن ذلك أحرز لها ، فلم يضمن بفعله ، كما لو أمره بتركها في صحن الدار ، فتركها في البيت ، وبهذا ينتقض ما ذكرناه .

وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى . قال في « الفروع » : وهو الأظهر . قلت : وهو الصواب . الثالثة ، لو دفعها إليه ، وأطلق ، ولم يُعَيِّن موضعاً ، فتركها ببجبه أو يده ، أو شدّها في كُمه ، أو ترك في كُمه ثقيلًا بلا شد ، أو تركها في وسطه ، وشدّها عليها سراويله ، لم يضمن . جزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » . وكذا لو شدّها على عضديه . وهذا المذهب في ذلك كله . قدمه في « الفروع » . وقال القاضي : إن شدّها على عضديه من جانب الجنب ، لم يضمنها ، وإن شدّها من الجانب الآخر ، ضمن . وقال ابن عقيل ، في « الفصول » : إن تركها في جنب أو كُم ، ضمن ، على الرواية التي تقول : إن الطرار لا يقطع . وقال أيضًا : إن تركه في رأيه ، أو غرزه في عمامته ، أو تحت قلنسوته ، احتمل أنه حرز مثله . الرابعة ، إذا استودعه خاتماً ، وقال : اجعله في

فصل : وإن قال : اجعلها في هذا البيت ، ولا تدخله أحدا . فأدخل إليه قوما ، فسرقها أحدهم ، ضمنتها ؛ لأنها ذهبت بتعديده ومخالفته . [١٥٣/٥ ط] وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده ؛ لأنه ربما شاهد الوديعة في دخول البيت ، وعلم موضعها ، وطريق الوصول إليها . وإن سرقها من لم يدخل البيت ، فقال القاضى : لا يضمن ؛ لأن فعله لم يكن سببا لإتلافها . ويحتمل أن يضمن ؛ لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ، ولأنها مخالفة توجب الضمان إذا كانت سببا لإتلافها ، فأوجبته وإن لم تكن سببا ، كما لو نهاه عن إخراجها ، فأخرجها لغير حاجة . وإن قال : صنع هذا الخاتم في الخنصر . فوضعه في البنصر ، لم يضمن ؛ لأنها أغلظ وأحفظ له ^(١) ، إلا أن ^(٢) لا يدخل فيها ، فيضعه في أناملها العليا ، أو ينكسر لغلظها عليه ، فيضمنه في الموضعين ؛ لأن مخالفته سبب لتلفه .

الخنصر . فليسه في البنصر ، فلا ضمان . ذكره الأصحاب ؛ القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم ؛ لأنها أغلظ ، فهي أحرز . وفيه الوجه المخرج المتقدم . لكن إن انكسر لغلظها ، ضمن . ذكره الأصحاب أيضا . وإن قال : اجعله في البنصر . فجعله في [٢١٧/٢ ط] الخنصر ، ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، واقتصر عليه الحارثي أيضا . وإن جعله في الوسطى ، وأمكن إدخاله في جميعها ، لم يضمن . ذكره في « الكافي » ، واقتصر عليه الحارثي أيضا . وإن لم يدخل في جميعها ، فجعله في بعضها ، ضمن ؛ لأنه أدنى من المأمور به . الخامسة ، لو قال : احفظها في هذا البيت ، ولا تدخله أحدا . فخالف وتلفت بحرقر ، أو

(١) سقط من : م .

المقنع **وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَرُوجَتِهِ وَعَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ .**

الشرح الكبير

٢٤٤٠ - مسألة : (وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَرُوجَتِهِ أَوْ عَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ) نَصٌّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ صَاحِبُهَا ، فَضَمِنَهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَفِظَهَا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، أَشْبَهَ مَا إِذَا حَفِظَهَا بِنَفْسِهِ ، وَكَأَلَوْ دَفَعَ الْمَاشِيَةَ إِلَى الرَّاعِي ، أَوْ الْبَهِيمَةَ إِلَى غَلَامِهِ لَيْسَقِيهَا ، وَيُفَارِقُ الْأَجْنَبِيَّ ؛ فَإِنَّ دَفْعَهَا إِلَيْهِ لَا يُعَدُّ حِفْظًا مِنْهُ .

الإنصاف

غَرَقَر ، أَوْ سَرَقَةَ غَيْرِ الدَّائِلِ ، فَقَبِلَ الصُّمَانُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَالثَّانِي ، يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَمَالَ إِلَيْهِ الشَّارِحُ .
قوله : وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَرُوجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَا خَادِمُهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِلا رَيْبٍ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ، وَنَصَرَهُ ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَأُورَدَ السَّامَرِيُّ ، عَنْ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَجْهًا ، وَلَمْ أَجِدْهُ فِي « الْإِرْشَادِ » .

فوائد ؛ منها ، أَلْحَقَ فِي « الرُّوَصَةِ » الْوَلَدَ وَنَحْوَهُ بِالزُّوْجَةِ وَالْعَبْدِ . قُلْتُ : إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي إِدْخَالِهِ ، وَإِلَّا فَلَا فِي الْجَمْعِ ، حَتَّى الزُّوْجَةِ وَالْعَبْدِ وَالْخَادِمِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِلْحَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الْحَارِثِيُّ .

وَأِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْمُقْتَنِعِ الْأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ .

٢٤٤١ - مسألة : (وإن دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وليس للمالكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ . وقال القاضى : له ذلك) إذا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِهِ لغير عُدْرٍ ، فعليه الضَّمانُ ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِحِفْظِ مَالِهِ . وقد ذَكَرْنَاهُ فى الْمَسْأَلَةِ قَبْلُهَا ، وَذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِيهِ . وقال شُرَيْحٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ

وَقَوْلُهُ : إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ . اغْتِبَارُ لَوْ جُودٍ وَصِفَرِ الْحِفْظِ الْإِنْصَافِ لِمَالِهِ فى مَنْ ذَكَرَ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ، ضَمِنَ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ . وَهُوَ كَمَا قَالَ . انتهى . ومنها ، لَوْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنْ يَحْفَظَ مَالَ الْمُودِعِ ، بِكُسْرِ الدَّالِ ، كَزَوْجَتِهِ ، وَأَمَتِهِ ، وَعَبْدِهِ ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . حُكَاةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَجْهًا . قال الحارثيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فى الْعَارِيَةِ . ومنها ، لَوْ دَفَعَهَا إِلَى الشَّرِيكِ ، ضَمِنَ ، كَالأَجْنَبِيِّ الْمَخْضَرِ . ومنها ، لَهُ الْاسْتِيعَانَةُ بِالْأَجَانِبِ فى الْحَمْلِ ، وَالتَّنْقِلِ ، وَسَقْيِ الدَّابَّةِ ، وَعَلْفِهَا . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . إِذَا أُوذِيَ الْمُودِعُ ، بِفَتْحِ الدَّالِ ، الْوَدِيعَةَ لِأَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَعُدْرٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ لَعُدْرٍ ، جَازَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ فى الْجُمْلَةِ . وَقَالَ فى « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُ رِوَايَةٍ مِنْ تَوْكِيلِ الْوَكِيلِ ، لَهُ الْإِيدَاعُ بِلا عُدْرٍ ،

وأصحابه ، وإسحاق : متى دَفَعَهَا إِلَى أَجَنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، صَمِنَ . وقال ابنُ أُنَى لَيْلَى : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَإِخْرَازُهَا ، وَقَدْ أَحْرَزَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ وَحَفِظَهَا بِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَحْفَظُ مَالَهُ بِإِدَاعِهِ ، فَإِذَا أَوْدَعَهَا فَقَدْ حَفِظَهَا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ [٥/١٥٤ د] حَفِظَهَا فِي حِرْزِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَالَفَ الْمُودِعَ فَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ نَهَاها عَنِ إِدَاعِهَا ؛ فَإِنَّهُ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا بِنَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْضَ لَهَا غَيْرَهُ . فَإِنْ فَعَلَ قَلَّغَتْ عِنْدَ الثَّانِي ، مَعَ عَلَيْهِ بِالْحَالِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَدِّيَانِ ، وَيَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ عِنْدَهُ ، وَقَدْ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ يَضْمَنُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْأَوَّلِ ، وَلَيْسَ لِلأَوَّلِ الرَّجُوعُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنَّهُ أَمِينٌ لَهُ ^(١) لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْمَالِكُ تَضْمِينَ الثَّانِي ، فَلَيْسَ لَهُ تَضْمِينُهُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . قَالَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ ذَكَرَ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ فَقَطَ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ قَبْضًا مُوجِبًا لِلضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَلَمْ يُوجِبْ ضَمَانًا آخَرَ . وَيُفَارِقُ

وإن كان لغير عذر ، لم يَجُزْ ، وَيَضْمَنُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : يَجُوزُ إِدَاعُهَا لِلْحَاكِمِ ، مَعَ الْإِقَامَةِ وَعَدَمِ الْعُذْرِ . وَتَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فَهُوَ أَعْمٌ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، إِنْ كَانَ الثَّانِي عَالِمًا بِالْحَالِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَلِلْمَالِكِ مُطَالَبَتُهُ ، بِإِزْرَاعِ ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ . وَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ ، أَيْ تَضْمِينُهُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَقَالَا : إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِهِ . قَالَ فِي

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الْقَبْضُ مِنَ الْغَاصِبِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ بِالْعَصَبِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ تَضَمِينَ الثَّانِي أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ مَالُكَهُ ، فَيَضْمَنُهُ ، كَالْقَابِضِ مِنَ الْغَاصِبِ . وَذَكَرَ أَحْمَدُ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ لَا يَنْفِي الضَّمَانَ عَنِ الثَّانِي ، كَمَا أَنَّ الضَّمَانَ يَلْزِمُ الْغَاصِبَ ، وَلَا يَنْفِي وَجُوبَهُ عَلَى الْقَابِضِ مِنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنْ ضَمَّنْتَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ . وَهَذَا الْقَوْلُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ ، وَمَا ذَكَرْنَا لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ لَا أَصْلَ لَهُ ، ثُمَّ هُوَ مُتَقَبَّضٌ بِمَا إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى إِنْسَانٍ عَارِيَّةٍ أَوْ هَبَةٍ .

« الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : لَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ ضَعِيفٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . يَعْنِي مُطَالَبَتَهُ . قَالَ فِي « الْمَعْنَى »^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ تَضَمِينَ الثَّانِي أَيْضًا ، لَكِنْ يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » ، وَ « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « التَّعْلِيقِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَعْنَى » . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا الْقَوْلُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ،

(١) انظر : المغنى ٩/ ٢٦٠ .

المقتع وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا .

الشرح الكبير

٢٤٤٢ - مسألة : (وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا) أَوْ وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِهَا إِنْ قَدَّرَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجْزُ لَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، وَلَا إِلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْحَاكِمِ وَلَايَةٌ عَلَى الْحَاضِرِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ عَذْرِ ، فَضَمِنَهَا ، كَالصُّورَةِ الْأُولَى .

الإنصاف

و « الْمُحَرَّرُ » ، و « الْفُرُوعُ » ؛ فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : « وَإِنْ أَوْدَعَهَا بِلَا عَذْرِ ، ضَمِنَا ^(١) » ، وَقَرَّارُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ عَلِمَ الثَّانِي ، فَعَلِيهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ الثَّانِي ، إِنْ جَهِلَ . اخْتَارَهُ شَيْخُنَا كَثْرَتِهِمْ ، فِي وَجْهِ ، وَاخْتَارَهُ شَيْخُنَا . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا - وَكَذَا إِلَى وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِهَا ، إِنْ كَانَ - فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا مَعَهُ . وَاعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، وَكَانَ مَالِكُهَا غَائِبًا وَوَكَيْلُهُ ، فَلَهُ السَّفَرُ بِهَا ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَلَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا . وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ، أَوْ وَكَيْلُهُ فِي قَبْضِهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، أَنَّهُ لَا يَحْمِلُهَا إِلَّا بِإِذْنِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، ضَمِنَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(٢) : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُنُورَةِ [٢١٨/٢] عَلَى مَالِكِهَا أَوْ نَائِبِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ ، أَنَّهُ مُقَرِّطٌ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) فِي الْفُرُوعِ ٤٨٢/٤ : « ضَمِنَهَا » .

(٢) الْمُغْنَى ٢٦١/٩ .

فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَإِلَّا دَفَعَهَا إِلَى
الْحَاكِمِ .

٢٤٤٣ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا)
إِذَا أَرَادَ السَّفَرُ بِهَا وَقَدْنَهَا صَاحِبُهَا عَنْهُ ، ضَمِنَهَا ؛ لِمُخَالَفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَهَ ،
[١٥٤/٥ ط] لَكِنَّ الطَّرِيقَ مَخُوفٌ ، أَوِ الْبَلَدَ الَّذِي يُسَافِرُ إِلَيْهِ مَخُوفٌ ،
ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ قَرِطٌ فِي حِفْظِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَهُ السَّفَرُ بِهَا . نَصٌّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ . سِوَاءِ كَانَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى السَّفَرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقَدَرَةِ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ
الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ سَافَرَ بِهَا مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
كَانَ السَّفَرُ مَخُوفًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقَلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ،
كَأَنَّ لَوْ نَقَلَهَا إِلَى الْبَلَدِ ، وَلِأَنَّهُ سَافَرَ بِهَا سَفَرًا غَيْرَ مَخُوفٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ

و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، و « الْوَجِيز » و « الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ الصَّوَابُ .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ السَّفَرُ بِهَا ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَلَمْ يَنْتَهَ عَنْهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَاجْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوع » ، وَ
« النَّظْم » ، وَ « الْمَغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَنَصَرَاهُ .

تبيين ؛ أَحَدُهُمَا ، ظَاهِرُ قَوْلِهِ : فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ
لَهَا . أَنَّ لَهُ السَّفَرَ بِهَا بِشَرْطِهِ ، وَلَا يَضْمَنُ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » : إِذَا سَافَرَ بِهَا ، ضَمِنَ .
الثَّانِي ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ إِذَا اسْتَوَى عِنْدَهُ الْأَمْرَانِ ، فِي الْخَوْفِ مَعَ الْإِقَامَةِ
وَالسَّفَرِ ، أَنَّهُ لَا يَحْمِلُهَا مَعَهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَظَاهِرُ النَّصِّ . قُلْتُ : وَهُوَ

يَجِدُ أَحَدًا يَدْعُهَا عِنْدَهُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى سَافَرَ بِهَا
مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى مَالِكِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ فِيهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ مُفْرَطٌ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛
لأنَّهُ يُفَوِّتُ عَلَى صَاحِبِهَا إِمْكَانَ اسْتِزْجَاعِهَا ، وَيُخَاطِرُ بِهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ

ظَاهِرُ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ فِي « الْمُبْهَجِ » : لَا يُسَافِرُ
بِهَا إِلَّا إِذَا كَانَ الْغَالِبُ السَّلَامَةَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ حَمْلُهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« التَّلْخِصِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، جَوَازُ السَّفَرِ بِهَا مَشْرُوطٌ بِمَا إِذَا لَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا مَعَهُ ، فَإِنْ
نَهَاها ، اِمْتَنَعَ ، وَضَمِنَ ، إِنْ خَالَفَ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ السَّفَرُ بِهَا لِعُذْرٍ^(٢) ؛ كَجَلَاءِ
أَهْلِ الْبَلَدِ ، أَوْ مُجُومٍ عَدُوٍّ ، أَوْ حَرْقٍ ، أَوْ غَرَقٍ ، فَلَا ضَمَانَ . وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ
بِالتَّرْكِ ؟ تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَأَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ يَضْمَنُ ، إِذَا تَرَكَ فِعْلَ
الْأَصْلَحِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ . وَمِنْهَا ، لَوْ أُوذِيَ مُسَافِرًا فَسَافَرَ^(٣) بِهَا وَتَلَفَتْ بِالسَّفَرِ ، فَلَا
ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمِنْهَا ، لَوْ هَجَمَ قُطَاعُ الطَّرِيقِ عَلَيْهِ ، فَالْقَى الْمَتَاعَ ؛ لِإخْفَاءِ لَهُ ،
وَضَاعَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمِنْهَا ، لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا بَيْنَ الرُّجُوعِ . ذَكَرَهُ
الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَيَتَوَجَّهُ فِيهِ كَنْظَرُهُ ، وَيَلْزَمُهُ مُؤَنَّتُهُ .
وَفِي مُؤَنَّتِهِ رَدٌّ مَنْ بَعْدَ خِلَافٍ فِي « الْإِنْصَارِ » . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) فِي : اللَّغْزِ ٢٦١/٩ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي ط : « فَسَارَ » .

قال : « المُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلْتٍ ، إِلَّا مَا وَفَى اللَّهُ »^(١) . أى على هلاك . ولا يلزم من الإذن فى إمساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يقوّت إمكان رَدّها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك . فأما مع غيبة المالك « وَوَكِيلِهِ »^(٢) ، فله السّفَرُ بها إذا كان أحفظ لها ؛ لأنّه موضع حاجة فيتخار ما فيه الحظ . وهذا الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح .

٢٤٤٤ - مسألة : فإن لم يجد صاحبها ولا وكيله ، فله دفعها إلى الحاكم ، سواء كان به ضرورة إلى السّفَر أو لم يكن ؛ لأنّه متبرّع بإمساكها ، فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . فإن أودعها مع قدرته على الحاكم ، ضمنها ؛ لأن غير الحاكم لا ولاية

قوله : « وَإِلَّا دَفَعَهَا إِلَى الْحَاكِمِ » . يعنى ، إذا خاف عليها بحملها ، ولم يجد مالِكها الإنصاف ولا وكيله ، فالصّحيح من المذهب ، أنّه يتعيّن عليه دفعها إلى الحاكم ، إن قدر عليه . قدّمه فى « المغنى » ، و « الشّرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « الفروع » ، وغيرهم . قال الحارثي : وعليه الأصحاب . قال الزّركشي : قطع به الأصحاب . وقيل : يجوز دفعها إلى ثقة . حكاه المصنّف فى « المغنى » ، وذكره الحلواني رواية . قال فى « الفائق » : ولو خاف عليها ، أودعها حاكماً أو أميناً ، وقيل : لا تؤدّع . انتهى . قلت : الصّواب هنا أن يُراعى الأصلح فى دفعها إلى الحاكم ، أو الثقة ، فإن استوى الأمران ، فالحاكم .

(١) انظر الكلام عليه فى ٨٠/١٤ .

(٢-٢) فى الأصل : « أو وكيله » .

فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثِقَةً ، أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، وَإِنْ دَفَنَهَا وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا أَحَدًا ، أَوْ أَعْلَمَ بِهَا مَنْ لَا يَسْكُنُ الدَّارَ ، صُمِنَتْهَا .

له . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ إِيدَاعُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ أَحْفَظَ لَهَا وَأَحَبُّ إِلَى صَاحِبِهَا . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَأَوْدَعَهَا ثِقَةً ، لَمْ يَصْمِنَتْهَا ؛ لِأَنَّهُ مُوَضِّعٌ حَاجَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَصْمِنُهَا ، ثُمَّ تَأَوَّلَ كَلَامَهُ عَلَى أَنَّهُ أَوْدَعَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، أَوْ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْحَاكِمِ .

٢٤٤٥ - مسألة : (فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثِقَةً ، أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، فَإِنْ دَفَنَهَا وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا أَحَدًا ، أَوْ أَعْلَمَ بِهَا مَنْ لَا يَسْكُنُ الدَّارَ ، صُمِنَتْهَا) إِذَا دَفَنَهَا فِي مَوْضِعٍ ، وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَدُهُ عَلَى الْمَوْضِعِ ، وَكَانَتْ مِمَّا لَا يَضُرُّهَا الدَّفْنُ ، فَهُوَ كَأَيْدَاعِهَا عِنْدَهُ ،

فائدة : الْوَدَائِعُ الَّتِي جُهِلَ مُلَّاكُهَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِدُونِ حَاكِمٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَكَذَا إِنْ قُدِّرَ ، وَلَمْ يُطْلَغْ عَلَى خَبْرِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَرَثَةٌ ، يَتَصَدَّقُ بِهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَعْتَبَرْ حَاكِمًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ إِذْنُ الْحَاكِمِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْعُصْبِ ، وَآخِرِ الرُّهْنِ . وَيَلْزَمُ الْحَاكِمَ قَبُولُ الْوَدَائِعِ ، وَالْعُصْبِ ، وَدَيْنِ الْغَائِبِ ، وَالْمَالِ الصَّائِعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : « الْأَصْحُ الْزُّوْمُ فِي قَبُولِ الْوَدِيعَةِ ، وَالْعُصْبِ ، وَالدَّيْنِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ - يَعْنِي ، إِذَا تَعَذَّرَ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ - أَوْدَعَهَا ثِقَةً .

وإن لم يُعْلَمَ بها أحدًا ، صَمِنَها ؛ لأنَّه قَرَطَ في حِفْظِها ، فَإِنَّه لَا يَأْمَنُ أَنْ يَمُوتَ في سَفَرِهِ فَلَا تَصِلُ إلى صَاحِبِها ، وَرُبَّمَا نَسِيَ مَكَانَها ، أَوْ أَصَابَها آفَةٌ مِنْ هَلْدَمٍ أَوْ حَرْقٍ أَوْ غَرَقٍ ، فَتَضَيُّعُ . وَإِنْ أَعْلَمَ بِها غَيْرَ ثِقَةٍ ، صَمِنَها ؛ لأنَّه رُبَّمَا أَخَذَها . وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْلَمَ بِها ثِقَةً لَا يَدَّ لَهُ عَلَى الْمَكَانِ ؛ لأنَّه لَمْ يُوَدِّعْها إِيَّاهُ ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِفَاطِ بِها .

فصل : وَإِنْ حَضَرَه الْمَوْتُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ السَّفَرِ ، عَلَى مَا مَضَى

هذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : دَفَعَهَا ^(١) إِلَى ثِقَةٍ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُخَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشُّرَحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَقِيلَ : لَا تُؤَدَّعُ لغيرِ الْحَاكِمِ . وَقَطَعَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى غَيْرِ الْحَاكِمِ لِعُدْوِهِ أَوْ غَيْرِ عُدْوِهِ . ثُمَّ أَوْلَا ذَلِكَ عَلَى الدَّفْعِ لغيرِ حَاجَةٍ ، أَوْ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحَاكِمِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلِ النَّصُّ صَرِيحٌ فِي ذَلِكَ . وَذَكَرَهُ . وَقِيلَ : لَا تُؤَدَّعُ مُطْلَقًا . وَنَقَلَهُ الْأَثَرُ نَصًّا . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَنَصُّهُ مَنَعُهُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَدَّمُهُ فِي « الْإِهْدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » . وَقَالَ فِي « التَّوَادِرِ » : وَأُطْلِقَ أَحْمَدُ الْإِيدَاعَ عِنْدَ غَيْرِهِ لَخَوْفِهِ عَلَيْهَا ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْمُقِيمِ لَا الْمُسَافِرِ .

فائدة : حُكْمُ مَنْ حَضَرَه الْمَوْتُ حُكْمُ مَنْ أَرَادَ سَفَرًا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَحْكَامِهِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : دَفَعَهُ .

وَأِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَيْسَ الثُّوبُ ، وَأَخْرَجَ
الدَّرَاهِمَ لِيَنْفِقَهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا ،

مِنْ أَحْكَامِهِ ، إِلَّا فِي أَخْذِهَا مَعَهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ لْخُرُوجِهَا
عَنْ يَدِهِ .

٢٤٤٦ - مسألة : (وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ،

إِلَّا فِي أَخْذِهَا مَعَهُ .

قوله : أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ . يَغْنَى ، إِذَا تَعَدَّرَ دَفْعُهَا إِلَى
الْحَاكِمِ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى ثِقَةٍ ، وَبَيْنَ دَفْنِهَا وَإِعْلَامِ ثِقَةٍ يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ
بِهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَطَعَ بِهِ فِي
« الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ دَفَنَهَا بِمَكَانٍ ،
وَأَعْلَمَ بِهَا سَاكِنَهُ ، فَكَأَيْدَاعِهِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » [٢ / ٢١٨ ظ] ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » : وَلَوْ دَفَنَهَا بِمَكَانٍ ، وَأَعْلَمَ السَّاكِنَ ، فَعَلَى
وَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : إِعْلَامُهُ كَأَيْدَاعِهِ . انْتَهَوْا . وَأُطْلِقَ فِي ضَمَانِهَا ، إِذَا دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ
بِهَا ثِقَةً ، وَجْهَيْنِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ إِذَا تَبَرَّمَ بِالْوَدِيعَةِ ،
فَلَيْسَ لَهُ الدَّفْعُ إِلَى غَيْرِ الْمُودِعِ أَوْ وَكَيْلِهِ ؛ سِوَاءَ قَدَّرَ عَلَيْهِمَا أَوْ لَا ، وَسِوَاءَ الْحَاكِمِ
وَغَيْرِهِ ، وَهُوَ كَذَلِكَ . وَنَصَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ إِيْدَاعِ الْغَيْرِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ
عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الْكَافِي » : إِنْ لَمْ يَجِدِ الْمَالِكَ ، دَفَعَ
إِلَى الْحَاكِمِ . وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .

قوله : وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَيْسَ الثُّوبُ ، وَأَخْرَجَ

أَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا .

المقنع

الشرح الكبير

وَلَيْسَ التَّوْبَ) أَوْ أَخَذَ الْوَدِيعَةَ لِيَسْتَعْمِلَهَا ، أَوْ لِيَحُونَ^(١) فِيهَا (ثُمَّ رَدَّهَا) إِلَى مَوْضِعِهَا بَيْنَهُ الْأَمَانَةِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِتَعْدِيهِ ، وَلَمْ يَزُلْ عَنْهُ الضَّمَانُ بِرَدِّهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهُ مُمْنِسُهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ التَّعْدَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمِنَهَا بِعُدْوَانِ قَبْطَلِ الْاِسْتِثْمَانِ ، كَمَا لَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، وَبِهَذَا يَنْطَلُ مَا ذَكَرَهُ .

٢٤٤٧ - مسألة : فَإِنْ (جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا) قَتَلَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ بِجَحْدِهَا خَرَجَ عَنِ الْاِسْتِثْمَانِ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَزُلْ عَنْهُ

الدَّرَاهِمَ لِيَتَفَقَّهَا - أَوْ لَشَهْوَةِ رُؤْيَيْهَا - ثُمَّ رَدَّهَا أَوْ جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا - وَكَذَا لَوْ حَلَّه - ضَمِنَهَا . إِذَا تَعْدَى فِيهَا ، ففَعَلَ مَا ذَكَرَ غَيْرَ جُحُودِهَا ، ثُمَّ إِقْرَارُهَا بِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَنَقَلَ الْبَغَوِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ ، إِذَا أَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ لِيَتَفَقَّهَا ، أَوْ لَشَهْوَةِ رُؤْيَيْهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا . اخْتَارَهُ ابْنُ الزَّائِغُونِيِّ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ ، إِذَا كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا ، أَوْ حَلَّه . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَا يُمَوِّدُ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ عَقْدٍ مُتَّجِدٍ . وَأَمَّا إِذَا جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَالَ : وَنَقَلَ الْبَغَوِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ .

(١) ق م : لِيَحُونَ .

المقنع أو كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا ، أو خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا ..

الشرح الكبير

الضَّمانُ بالإقرارِ بها ؛ لأنَّ يَدَهُ صارت يَدَ عُدْوَانٍ .

٢٤٤٨ - مسألة : فإن (كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا) أو كانت مَشْدُودَةً فَحَلَّ الشَّدُّ ، ضَمِنَ ، سواءَ أَخْرَجَ مِنْهَا شَيْئًا أو لم يُخْرِجْ ؛ لأنَّه هَتَكَ الْجِرْزَ بِفِعْلٍ تَعَدَّى بِهِ . فإن خَرَقَ الْكَيْسَ فَوْقَ الشَّدِّ ، فعليه ضَمَانُ مَا خَرَقَ خَاصَّةً ؛ لأنَّه مَا هَتَكَ الْجِرْزَ . وقال أبو حنيفة : إذا كَسَرَ خَتَمَ الْكَيْسِ ، لم يَلْزَمْهُ ضَمَانُ الْوَدِيعَةِ ؛ لأنَّه لم يَتَّعِدْ فِي غَيْرِهِ . ولنا ، أَنَّهُ هَتَكَ جِرْزَهَا ، فَضَمِنَهَا إِذَا تَلَفَتْ ، كما لو أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا فِي صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ ، فَفَتَحَهُ وَتَرَكَهُ مَفْتُوحًا ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لم يَتَّعِدْ فِي غَيْرِ الْخَتَمِ .

٢٤٤٩ - مسألة : وإن (خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا) إِذَا خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ [١٥٥/٥ ط] مِنْهُ مِنْ مَالِهِ أو مَالِ غَيْرِهِ ، ضَمِنَهَا ، سواءَ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أو ذَوْنِهَا ، أو أَجْوَدَ مِنْ جِنْسِهَا أو مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا ، مِثْلَ أَنْ يَخْلُطَ الدَّرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ ، أو دَهْنًا بِدَهْنٍ ، كَالزَّيْتِ بِالزَّيْتِ أو

الإنصاف

قوله : أو خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا . وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . قال في « التَّلْخِصِ » : ومع عَدَمِ التَّمْيِيزِ ، يَضْمَنُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْتَبَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : ظَاهِرُ نَقْلِ الْبَعَوِيِّ ، لَا يَضْمَنُ . وَلَمْ يَتَأَوَّلْهُ فِي « النَّوَادِرِ » . وَذَكَرَهُ الْحَلَوَانِيُّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَثْبُورِ » عَنْ أَحْمَدَ ، قَالَ : لِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمَالِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُبْهَجِ » فِي

السَّئِنِ أو بغيره . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن القاسم : إن خلط دَراهِمَ بَدَراهِمَ على وَجْهِ الحِرْزِ ، لم يَضْمَنْ . وحكى عن مالك ، لا يَضْمَنْ إِلَّا أن تكون دُونُهَا ؛ لأنه لا يُمكنُهُ رَدُّهَا إِلَّا نَاقِصَةً . ولنا ، أنه خلطها بماله خلطاً لا يَتَمَيَّزُ ، فَوَجَبَ أن يَضْمَنَهَا ، كما لو خلطها بدونها ، ولأنه إذا خلطها بما لا يَتَمَيَّزُ ، فقد قَوَّتْ على نَفْسِهِ إمكانَ رَدِّهَا ، فلزِمَ صَمَانُهَا ، كما لو ألقاها في لُجَّةٍ بَحْرٍ . فإن أَمَرَ صاحِبُهَا بخَلطِهَا بماله أو بغيره ، ففعلَ ذلك ، فلا صَمَانَ عليه ؛ لأنه فعلَ ما أَمَرَهُ به ، فكان نائِباً عن المالك فيه . وقد نَقَلَ مُهَنَّأٌ عَنْ أَحْمَدَ ، في رجلٍ اسْتَوْدَعَ عَشْرَةَ دَراهِمَ ، واسْتَوْدَعَهُ آخِرُ عَشْرَةٍ ، وأَمَرَهُ ^(١) أن يَخْلُطَهَا ، فخلطها ، فضاغَبَ الدَّراهِمُ ، فلا شَيْءَ عليه . فإن أَمَرَ أَحَدُهَا بخَلطِ دَراهِمِهِ ، ولم يَأْمُرْه الآخَرُ ، فعليه صَمَانُ دَراهِمِ مَنْ لم يَأْمُرْهُ دُونَ الأُخْرَى . وإنِ اخْتَلَطَتْ هِيَ بغيرِ تَفْرِيطٍ مِنْهُ ، فلا صَمَانَ عليه ، كما لو تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطِهِ . وإن خَلَطَهَا غَيْرُهُ ، فالصَّمَانُ على مَنْ خَلَطَهَا ؛ لأنَّ العُدْوَانَ مِنْهُ ، أَشَبَّهُ ما لو أَتْلَفَهَا .

الوكيل ، كَوَدِيعَتِهِ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . قال الحارثي : وعن أَحْمَدَ ، لا يَضْمَنْ بخَلطِ الثُّقُودِ . ونَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ الْبَعْرِيُّ . فعلى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، لو تَلَفَ بَعْضُ الْمُخْتَلِطِ بغيرِ عُدْوَانٍ ، جُعِلَ التَّلَفُ كُلُّهُ مِنْ مَالِهِ ، وجُعِلَ الباقى مِنَ الْوَدِيعَةِ . نصُّ عليه .
فائدة : لو اخْتَلَطَتِ الْوَدِيعَةُ بغيرِ فِعْلِهِ ، ثم ضاعَ البَعْضُ ، جُعِلَ مِنْ مَالِ الْمُودِعِ

(١) في م : دَ أَمَرَهُ .

المفتع وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّزٍ ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير

٢٤٥٠ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّزٍ ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ) أَمَّا إِذَا خَلَطَهَا بِمَا تَتَمِّزُ مِنْهُ ، مِثْلُ أَنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَدَنَانِيرَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهَا تَتَمِّزُ مِنْهَا ، فَلَا يَعْجِزُ بِذَلِكَ عَنْ رَدِّهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا فِي صُنْدُوقٍ فِيهِ أَكْيَاسٌ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا خَلَطَ بَيْضًا بِسُودٍ . وَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَيْضًا بِسُودٍ : يَضْمَنْهَا . وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ لَكُونِهَا تَكْتَسِبُ مِنْهَا سَوَادًا ، وَيَتَغَيَّرُ لَوْنُهَا ، فَتَنْقُصُ قِيَمَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيَهَا أَوْ يَغْلِفُهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ رُكُوبَهَا لِذَلِكَ مَأْذُونٌ فِيهِ عَرَفًا وَشَرْعًا ، لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي سَقِيهَا ، كَمَا^(١) إِذْنٌ لَهُ فِي غَلْفِهَا ، وَالْعَادَةُ أَنَّ مَنْ يَسْقِيهَا يَرْكَبُهَا ، فَلَا إِذْنَ فِي السَّقْيِ إِذْنٌ فِي الرُّكُوبِ [١٠٦/٥] الْمُعْتَادِ ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لَوْ كَيْلَهُ : اسْقِ الدَّابَّةَ . فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ : أَرَكَبَهَا لَهُ .

الإنصاف

فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . ذَكَرَهُ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » أَنَّهُمَا يَصِيرَانِ شَرِيكَيْنِ . قَالَ الْمَجْدُ : وَلَا يَبْغَدُ عَلَى هَذَا ، أَنْ يَكُونَ الْهَالِكُ مِنْهُمَا . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعِشْرِينَ » .

قوله : وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّزٍ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنْ . وَحَمَلَهَا الْمُصَنِّفُ عَلَى نَقْصِهَا بِالْخَلْطِ .

(١) بعده في م : « لَوْ » .

وَأَن أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ [١٤٦ ط] الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ .
وَعَنَهُ ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ .

٢٤٥١ - مسألة : (وَأَن أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ) اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ (وعنه ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ أُوْدِعَ شَيْئًا فَأَخَذَ بَعْضَهُ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ مَا أَخَذَ ؛ لِتَعَدِّيهِ ، فَإِنْ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، لَمْ يَزُلِ الضَّمَانُ^(١) عَنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ لَمْ يُتَّفَقْ مَا أَخَذَهُ ، «رَدَّهُ» ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ ائْتَفَقَ ثُمَّ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، ضَمِنَ . وَلَنَا ، أَنَّ الضَّمَانَ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ بِالْأَخْذِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ قَبْلَ رَدِّهِ ضَمِنَهُ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ كَالْمَعْصُوبِ . فَأَمَّا سَائِرُ الْوَدِيعَةِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الدَّرَاهِمُ فِي كَيْسٍ ، أَوْ كَانَتْ فِي كَيْسٍ غَيْرِ مَشْدُودٍ ، أَوْ كَانَتْ ثِيَابًا

قوله : وَأَن أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ . هَذَا الصَّحِيحُ الْإِنصَافِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ «التَّغْلِيْقِ» ، وَ«الْفُصُولِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الْكَافِي» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ عَجِيبٌ مِنَ الشَّارِحِ ، إِذِ الْكِتَابُ الْمَشْرُوحُ حَكَى الْخِلَافَ ، لَيْكُنْهُ تَبَعَ «الْمُعْنَى» . وَصَحَّحَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي «التَّلْخِيصِ» ، وَ«الْفَائِقِ» . وَقِيلَ : يَضْمَنُهُ وَحْدَهُ ، إِنْ لَمْ يَفْتَحِ الْوَدِيعَةَ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ شَيْئًا .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : «رَدَّهُ» .

وَأِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ
الْجَمِيعَ ، وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَضْمَنَ غَيْرُهُ .

الشرح الكبير

فَأَخَذَ مِنْهَا وَاحِدًا ثُمَّ رَدَّهُ بَعَيْنِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِهِ .
وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا ، فَظَاهِرُ
كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ (لَا يَضْمَنُ غَيْرَهُ) لِأَنَّ التَّعَدِّيَّ اخْتَصَّ بِهِ ، فَاخْتَصَّ
الضَّمَانُ بِهِ ، وَخَلَطَ الْمَرْدُودَ بِغَيْرِهِ لَا يَقْتَضِي ضَمَانَ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ
رَدُّهُ مَعَهَا ، فَلَمْ يُفَوِّتْ عَلَى نَفْسِهِ امْتِنَانًا رَدَّهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ .
وَلَوْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ فِي الْأَخْذِ مِنْهَا ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ بَدَلِهِ ، فَأَخَذَ
ثُمَّ رَدَّ بَدَلًا مَا أَخَذَ ، فَهُوَ كَرَدِّ بَدَلٍ مَا لَمْ يُؤْذَنْ فِي أَخْذِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي :
يَضْمَنُ الْكُلَّ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَلَطَ الْوَدِيعَةَ بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ،
فَضَمِنَ الْكُلَّ ، كَمَا لَوْ خَلَطَهَا بِغَيْرِ الْبَدَلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فَرَقًا بَيْنَ الْبَدَلِ وَغَيْرِهِ ،
فَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ . وَإِنْ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ فِي كَيْسٍ مَخْتُومٍ أَوْ مَشْدُودٍ ،
فَنَكَسَرَ الْخَتَمَ أَوْ حَلَّ الشَّدَّ ، ضَمِنَهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا ، فَكَذَلِكَ . يَعْنِي ، أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِيهَا
إِذَا رَدَّ الْمَأْخُودَ بَعَيْنِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ
مُتَجَنَّى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ أَذِنَ صَاحِبُهَا لَهُ فِي الْأَخْذِ مِنْهَا ، فَأَخَذَ ثُمَّ
رَدَّ بَدَلَهُ بِلَا إِذْنِهِ .

قوله : وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ الْجَمِيعَ - وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي

فصل : وإذا ضَمِنَ الْوَدِيعَةَ بِالِاسْتِعْمَالِ أَوْ بِالْجَحْدِ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ، فَإِنْ رَدَّهَا صَاحِبُهَا إِلَيْهِ ، فَهُوَ ابْتِدَاءُ اسْتِثْمَانٍ ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَيْهِ ، وَلَكِنْ جَدَّدَ لَهُ الْاسْتِثْمَانَ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الضَّمَانِ ، بَرِئَ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ [١٥٦/٥] حَقُّهُ ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ بَرِئَ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِذَا جَدَّدَ لَهُ اسْتِثْمَانًا ، فَقَدْ انْتَهَى الْقَبْضُ الْمَضْمُونُ بِهِ ، فزَالَ الضَّمَانُ . وَقَدْ قَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا رَهَنَ الْمَعْصُوبَ عِنْدَ الْغَاصِبِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ عِنْدَهُ ، زَالَ عَنْهُ ضَمَانُ الْعَصَبِ . فَهِيَ أُولَى .

« الفروع » - وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ غَيْرَهُ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيلِ » ، وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَحَكَّى عَنْهُ مِنْ رِوَايَةِ الْأَثَرِ ، أَنَّهُ أَنْكَرَ الْقَوْلَ بِتَضْمِينِ الْجَمِيعِ ، وَأَنَّهُ قَالَ : هُوَ قَوْلُ سُوءٍ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَقَالَ : هُوَ الْمَذْهَبُ . وَمَالَ إِلَيْهِ فِي « الْمُعْنَى » . وَأَطْلَقَ الرُّوَابِثِيُّ فِي « الْمُحَرَّرِ » . فَعَلِيَ الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةَ ، إِنْ لَمْ يَذَرِ أَيُّهُمَا ضَاعَ ، ضَمِنَ . نَقَلَهُ الْبَغَوِيُّ ، وَذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

فائدة : لو كان الدَّرْهَمُ أَوْ بَدْلُهُ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، وَتَلَفَ نِصْفُ الْمَالِ ، فَقِيلَ : يَضْمَنُ نِصْفَ دَرْهَمٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ شَيْءٌ ؛ لِاخْتِمَالِ بَقَاءِ الدَّرْهَمِ أَوْ بَدْلِهِ ، وَلَا يَجِبُ مَعَ الشُّكِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

تنبهات ؛ الأول ، قال الزركشي : إذا ردَّ بدل ما أخذ ، فلا أصحاب في ذلك طُرُق ؛ أحدها ، لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ ؛ سواء كان البدل متميِّزاً أو غير متميِّز . وهذا مقتضى [٢١٩/٢] كلام الخرقى ، وبه قطع القاضى فى « التعليق » ، وذكر أن أحمد نص عليه فى رواية الجماعة . وأنكر فى رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع . الطريق الثانى ، إن تميَّز البدل ، ضمن قدر ما أخذ فقط ، وإن لم يتميَّز ، فعلى روايتين . وهى طريقة المصنّف فى « المغنى » ، و « الكافى » ، والمجلى . الطريق الثالث ، فى المسألة روايتان فيها . وهى ظاهر كلام أبى الخطاب فى « الهداية » . الطريق الرابع ، إن تميَّز البدل ، فعلى روايتين ، وإن لم يتميَّز ، ضمن ، رواية واحدة . قاله فى « التلخيص » . ويقرب منه كلام المصنّف فى « المقنع » ، وكلام القاضى على ما حكاه فى « المغنى » . وبالجُملة ، هذه الطريقة ، وإن كانت حسنة ، لكنّها مخالفةٌ لخصوص أحمد . انتهى . الثانى ، شرط القاضى فى « المجرد » ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنّف ، والمنجد ، والشارح ، وجماعة ، أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ولا مشدودة ، فلو كانت كذلك ، فحل الشد ، أو فك الختم ، ضمن الجميع ، قولاً واحداً . قال القاضى فى « التعليق » : هو قياس قول الأصحاب ، ممّا إذا فتح قفصاً عن طائر ، فطار . وقاله أبو الخطاب فى « رُعوس المسائل » . قال الحارثى : ولا يصح هذا القياس ؛ لأنَّ الفتح عن الطائر إضاعة له ، فهو كحل الرّق . ونقل مُهنّا ، أنه لا يضمن إلا ما أخذ . قال فى « التلخيص » : وروى البغوى عن أحمد ما يدل على ذلك ، ويتبين على ذلك ، لو خرّق الكيس ؛ فإن كان من فوق الشد ، لم يضمن إلا الخرق ، وإن كان من تحت الشد ، ضمن الجميع ، على المشهور

وَأَنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ .
المنع

٢٤٥٢ - مسألة : (وإن أودعه صبيٌّ ودِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، ولم يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِدَاعُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنْ أَوْدَعَ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُوَّةٌ إِنْسَانًا وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا بِقَبْضِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ شَرْعِيٍّ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ غَصَبَهُ ، وَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنْهُ بِرَدِّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِدَفْعِهَا إِلَى وَلِيِّهِ النَّاطِرِ فِي مَالِهِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ،

عِنْدَ الْأَصْحَابِ . قَالَهُ الزُّرْكَانِيُّ . الثَّلَاثُ ، قُوَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ تَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِمَجْرَدِ نِيَّةِ التَّعْدَى ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ فِعْلٍ أَوْ قَوْلٍ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَقْطُوعُ بِهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهُ يَضْمَنُ بِالنِّيَّةِ ؛ لِاقْتِرَانِهَا بِالْإِنْسَانِ ، وَهُوَ فِعْلٌ كَمُقْتَضِ نَوَى التَّمَلُّكِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي « التَّرْغِيبِ » ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحَكَى الْقَاضِي فِي « تَعْلِيْقِهِ » وَجْهًا بِالضَّمَانِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : وَقَدْ يَنْبَغِي هَذَا الْوَجْهُ ، عَلَى أَنَّ الَّذِي لَا يُؤْخَذُ بِهِ هُوَ الْهَمُّ ، أَمَّا الْعَزْمُ ، فَيُؤْخَذُ بِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . انْتَهَى . وَتَأْتِي مَسْأَلَةُ اللَّقْطَةِ فِي بَابِهَا ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا .

قوله : وإن أودعه صبيٌّ ودِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، ولم يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ . إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ غَيْرَ مُمَيَّزٍ ، فَالْحُكْمُ كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُمَيَّزًا ، وَلَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ . وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ ، صَحَّ إِدَاعُهُ فِيمَا أُذِنَ لَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ .

فائدة : لو أَخَذَ الْوَدِيعَةَ مِنَ الصَّبِيِّ تَخْلِيصًا لَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ، كَالْمِلْكِ الصَّائِرِ إِذَا حَفِظَهُ

وإن أودع الصبي وديعةً ، فتلفت بتفريطه ، لم يضمن . وإن أتلّفها
لم يضمن ، وقال القاضي : يضمن .

المنع

صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه ؛ لأنه كالبالغ^(١) بالنسبة إلى ذلك . فإن خاف أنه إذا لم يأخذه منه أتلّفه ، لم يضمنه بأخذه ؛ لأنه قصد تخليصه من الهلاك ، فلم يضمنه ، كما لو وجدّه في سبيل فأخرجه منه .

الشرح الكبير

٢٤٥٣ - مسألة : (وإن أودع الصبي) أو المعتوّ (وديعةً ، فتلفت بتفريطه ، لم يضمن) فإن أتلّفها ، أو أكلها ، ضمنتها في قول القاضي ، وظاهر مذهب الشافعي . ومن أصحابنا من قال : لا ضمان

لصاحبه . وهو الأصح : ويحتمل أن يضمن ؛ لأنه لا ولاية له عليه . قال : وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب تخليصاً ؛ ليرده إلى مالكه . انتهى . واقتصر الحارثي على حكاية كلامه ، وقدم ما صحّحه في « التلخيص » في « الرعاية » ،^(٢) وقطع به في « الكافي »^(٣) .

الإنصاف

قوله : وإن أودع الصبي وديعةً ، فتلفت بتفريطه ، لم يضمن . وكذلك المعتوّ . وهذا الصحيح من المذهب . جزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « التلخيص » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « شرح الحارثي » ، وغيرهم . وفيه وجه آخر ، أنه يضمن . وأطلقهما في « الفروع » ، في أول باب الحجر .

قوله : وإن أتلّفها ، لم يضمن . هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . قال

(١) في الأصل ، م : « كالبالغ » .

(٢) زيادة من : ١ .

عليه . وهو قول أئى حنيفة ؛ لأنه سَلَطَهُ على إتلافها بدفعها إليه ، فلا يُلْزَمُهُ .
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ دَفَعَ إِلَى صَغِيرٍ سَكِينًا ، فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، كَانَ ضَمَانُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؟
ولنا ، أَنَّ مَا ضَمِنَ بِإِتْلَافِهِ قَبْلَ الْإِيدَاعِ ، ضَمِنَهُ بَعْدَ الْإِيدَاعِ ، كَالْبَالِغِ .
وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ سَلَطَهُ عَلَى إِتْلَافِهَا . وَإِنَّمَا اسْتَحْفَظَهُ إِيَّاهَا ، وَفَارَقَ
دَفَعَ السَّكِينِ ، فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلْإِتْلَافِ ، وَدَفَعَ الْوَدِيعَةَ بِخِلَافِهِ .

فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » : وَقَالَ غَيْرُ الْقَاضِي مِنَ الْإِنْصَافِ
أَصْحَابُنَا : لَا يَضْمَنُ . انْتَهَوْا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ .
وَالِيهِ صَارَ الْقَاضِي آخِرًا ، وَذَكَرَهُ وَلَدُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي
« رَعُوسِ الْمَسَائِلِ » سِوَاهُ . وَكَذَا الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ
بَكْرٍ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَهُوَ أَصَحُّ عِنْدِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَقَالَ
الْقَاضِي : يَضْمَنُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَاخْتَارَهُ أَبُو عَلِيٍّ
ابْنُ شَهَابٍ ، وَلَمْ يُورِدِ الشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ؛ وَأَبُو الْمَوَاضِبِ الْحُسَيْنُ
ابْنُ مُحَمَّدٍ الْعُكْبَرِيُّ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ الْحَسَنِ الْحَدَّادُ ، سِوَاهُ . انْتَهَى . وَصَحَّحَهُ
النَّاظِمُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، عَلَى مَا اضْطَلَّخْنَاهُ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ
الذَّهَبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » .

فَالْتَدَّةُ : الْمَجْنُونُ كَالصَّبِيِّ . وَكَذَا السَّفِيهُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ،
وَجَمَاعَةٍ ، فَفِيهِ الْخِلَافُ . وَقِيلَ : إِتْلَافُهُ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ كَالرَّشِيدِ . قَطَعَ بِهِ الْقَاضِي
فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِلْحَاقُهُ بِالرَّشِيدِ
أَقْرَبُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .

وَإِنْ أُوذِعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فَأَتْلَفَهَا ، صَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ .

٢٤٥٤ - مسألة : (وإن أُوذِعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فَأَتْلَفَهَا) خُرَجَ عَلَى
الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّغِيرِ ، إِذَا أَتْلَفَ^(١) الْوَدِيعَةَ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُ الصَّبِيُّ .
كَانَتْ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَضْمَنُ . كَانَتْ فِي رَقَبَتِهِ .

قوله : وَإِنْ أُوذِعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فَأَتْلَفَهَا ، صَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ . هذا المذهب . جَزَمَ
به في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ
مُنَجَّى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبِهِ قَالَ
الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ،
وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ [٢١٩ ط] ، وَابْنُ بَكْرٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ،
وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . انْتَهَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَضْمَنُهَا فِي ذِمَّتِهِ . وَأُتْلِفَهُمَا
فِي « الْمُغْنَى » ، و « الْمَحْرَرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » . وَلَنَا وَجْهٌ فِي
الْمَذْهَبِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » وَغَيْرِهِ ، بَعْدَ الضَّمَانِ مُطْلَقًا ، تَخْرِيجًا
مِنْ مِثْلِهِ فِي الصَّبِيِّ ، وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ .

تنبيه : قِيلَ : إِنَّ الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ فِي الْعَبْدِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّبِيِّ . وَهُوَ
قَوْلُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَالْقَاضِي ، وَصَاحِبِ « الْفَائِقِ » ، وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ .
وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » : وَيَضْمَنُ ، وَيَكُونُ فِي رَقَبَتِهِ ؛ سِوَاءَ
كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، أَوْ مُذَوَّنًا لَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : صَرَّحَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ ، وَهُوَ مُقْتَضَى
إِطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ ، كَمَا فِي الْجَنَائِةِ عَلَى النَّفْسِ . انْتَهَى . وَهِيَ طَرِيقَتُهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) فِي م : « تَلَفَتْ » .

فصل : وإذا أودعه شيئاً ، ثم سألَه دفعَه إليه في وقتٍ أمكنَه ذلك ، فلم يفعل حتى تلف ، ضمَّته . ولا نعلمُ خلافاً في وجوب ردِّ الوديعة على مالِكها إذا طلبها ، فأمكنَ أداؤها إليه بغيرِ ضرورةٍ ، وقد أمرَ الله تعالى بذلك ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) . وقال رسولُ الله ﷺ : [١٥٧/٥] « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ أَنْتَ مَنَّكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ^(٢) . يَعْنِي عِنْدَ طَلَبِهَا . وَلأنَّهَا حَقٌّ لِمَالِكِهَا لم يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَ أداؤها إليه ، كالمَعْصُوبِ والذَّيْنِ الْحَالِّ . فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، ضَمَّنَهَا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا ، لِأَنَّهُ امْتَسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، أَشَبَّهَ الْغَاصِبَ . فَأَمَّا إِنْ طَلَبَهَا فِي وَقْتٍ لم يُمكنْ دَفْعُهَا ؛ لُبُعْدِهَا ، أَوْ لِمَخَافَةٍ فِي طَرِيقِهَا ، أَوْ لِلْعَجْزِ عَنْ حَمْلِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لم يَكُنْ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ تَسْلِيمِهَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا . فَإِنْ تَلَفَتْ لم يَضْمَنْهَا ؛ لِعَدَمِ عُدْوَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَمْهَلُونِي حَتَّى أَقْضِيَ صَلَاتِي - أَوْ - أَكُلَ ، فَإِنِّي جَائِعٌ - أَوْ - أَنَامُ فَإِنِّي نَاعِسٌ - أَوْ - يَنْهَضِمُ عَنِّي الطَّعَامُ ، فَإِنِّي مُمْتَلِئٌ . أَمْهَلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ .

فائدة : المُدَبِّرُ ، والمُكَاتَّبُ ، والمُعْلَقُ عِنْتَهُ عَلَى صِفَةٍ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، كَالْقَيْنِ الْإِنصَافِ
فِيمَا تَقَدَّمَ . قَالَه الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ .

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٦ .

فصل : وليس على المُستَوْدَعِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ وَحَمْلُهَا إِلَى رَبِّهَا ، إِذَا كَانَتْ مِمَّا لِحَمْلِهَا مُؤْنَةٌ ، قَلَّتِ الْمُؤْنَةُ أَوْ كَثُرَتْ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لِمَنْفَعَةِ مَالِكِهَا عَلَى الْخُصُوصِ ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ الْعَرَامَةُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي حِفْظِهَا فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ التَّمَكُّينُ مِنْ أَخْذِهَا . فَإِنْ سَافَرَ بِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، رَدَّهَا إِلَى بَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، فَلَزِمَهُ رَدُّهَا ، كَالْغَاصِبِ .

فصل : إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ ، وَتَبَتْ أَنَّ عِنْدَهُ وَدِيعَةً لَمْ تَوْجَدْ بَعِيْنَهَا ، فَهِيَ دَيْنٌ عَلَيْهِ ، تُغْرَمُ مِنْ تَرَكَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ سِوَاهَا ، فَهِيَ سِوَاءُ إِنْ وَقَّتْ تَرَكَّتَهُ بِنِهَا ، وَإِلَّا اقْتَسَمَاهَا^(١) بِالْحِصَصِ . وَبِهِ قَالَ الشُّعْبِيُّ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَدَاوُدُ بْنُ^(٢) أَبِي هِنْدٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَمَسْرُوقٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَأَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدٍ بْنِ عَلِيٍّ . وَرَوَى عَنْ النَّخَعِيِّ : الْأَمَانَةُ قَبْلَ الدَّيْنِ . وَقَالَ الْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ : الدَّيْنُ قَبْلَ الْأَمَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا حَقَّانِ وَجَبَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَتَسَاوَيَا كَالدَّيْنَيْنِ . وَسِوَاءُ وَجَدَ فِي تَرَكَّتِهِ مِنْ جِنْسِ الْوَدِيعَةِ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ . وَهَذَا إِذَا أَقْرَأَ الْمُودِعُ أَنَّ عِنْدِي وَدِيعَةً ، أَوْ عَلَى وَدِيعَةٍ لِفُلَانٍ ، أَوْ تَبَتَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مَاتَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ٢ : « اقْتَسَمَاهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَابْن » .

وَهُوَ دَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدٍ وَاسْمُهُ دِهْنَانُ بْنُ عِذَافَرٍ الْقَشِيرِيُّ مَوْلَاهُمَا ، مِنْ فُقَهَاءِ التَّابِعِينَ بِالْبَصْرَةِ ، تَوَفَّى سَنَةَ تِسْعٍ وَثَلَاثِينَ وَمِائَةً . طَبَقَاتُ الْفُقَهَاءِ لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ ٩٠ ، تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٠٤/٣ .

فصل : والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد وتلف
وإذن في دفعها إلى إنسان ، ويدعى عليه من خيانة وتفريط .

الشرح الكبير

في حياته ، ولم توجد بعينها ، ولم يعلم [١٥٧/٥ ط] هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ فقيه وجهان ؛ أحدهما ، وجوب ضمانها ؛ لأن الوديعة يجب ردّها ، إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعدّ ، ولم يثبت ذلك ، ولأن الجهل بعينها كالجهل بها ، وذلك لا يسقط الرد . والثاني ، لا ضمان عليه ؛ لأن الوديعة أمانة ، والأصل عدم إتلافها والتعدّي فيها ، فلم يجب ضمانها . وهذا قول ابن أبي ليلى ، وأخذ الوجهين لأصحاب الشافعي . والأوّل ظاهر المذهب ؛ لأن الأصل وجوب^(١) الرد ، فيبقى عليه ، ما لم يوجد ما يزيله .

فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو إذن في دفعها إلى إنسان) إذا ادعى المستودع تلف الوديعة ، فالقول قوله بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل

قوله : والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد وتلف . يعني ، مع يمينه . هذا المذهب بلا ريب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وجرم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » . قال في « التلخيص » وغيره : هذا المذهب . وعنه ، إن دفعها المودع ، بكسر الدال ، إلى المودع بيّنة ، لم تقبل دعوى الرد إلا بيّنة . نص عليه في رواية أبي طالب ، وابن منصور . قال الحارثي : وهذا ما قاله ابن أبي موسى في « الإرشاد » . وخرجها ابن عقيل

(١) في م : وجود .

مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُودَعَ إِذَا أَخْرَزَ الْوَدِيعَةَ ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهَا ضَاعَتْ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ إِنْ كَانَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، وَإِنْ كَانَ أَوْدَعَهَا بِبَيِّنَةٍ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمِينٌ لَا مَنَفَعَةَ لَهُ فِي قَبْضِهَا ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . وَإِنْ قَالَ : دَفَعْتُهَا إِلَى فَلَانٍ بِأَمْرِكَ . فَانْكُرَ مَالِكُهَا الْإِذْنَ فِي دَفْعِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودَعَ . نَصٌّ عَلَيْهِ

عَلَى أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى دَفْعِ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَاجِبٌ ، فَيَكُونُ تَرْكُهُ تَغْرِيبًا ، فَيَجِبُ فِيهِ الضَّمَانُ . وَقِيلَ : لَا يَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَ دَعْوَى التَّلْفَرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمَذْهَبُ لَا يَخْلِفُ مُدْعَى الرَّدِّ وَالتَّلْفَرِ ، إِذَا لَمْ يَتَّهِمْ . وَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ قَرِيبًا بِأَنَّهُمْ مِنْ هَذَا .

تَنْبِيْهُ : مَحَلُّ هَذَا إِذَا لَمْ يَتَّعَرَّضْ لِذِكْرِ سَبَبِ التَّلْفَرِ ؛ فَإِنْ أَبْدَى ^(١) سَبَبًا خَفِيًّا ؛ مِنْ سَرَقَةٍ ، أَوْ ضَيَاعٍ ، وَنَحْوِهِ ، قُبِلَ أَيْضًا . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَإِنْ أَبْدَى ^(٢) سَبَبًا ظَاهِرًا ؛ مِنْ حَرِيقٍ مُنْزِلٍ أَوْ غَرَقَةٍ ، أَوْ هُجُومِ غَارَةٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ بِوُجُودِ ذَلِكَ السَّبَبِ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرِّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سَقَطَ مِنْ : ط .

أحمد في رواية ابن منصور . وهو قول ابن أبي ليلى . وقال مالك ، والثوري ، والعنبري ، وأصحاب الرأي : القول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم الإذن ، وله تضمينه . ولنا ، أنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى ردها على مالكها . ولو اعترف المالك بالإذن ، ولكن قال : لم يدفعها . فالقول قول المستودع أيضا ، ثم ينظر في المدفوع إليه ؛ [١٠٨/٥] فإن أقر بالقبض ، وكان الدفع في دين ، فقد برئ الكل ، وإن أنكر ، فالقول قوله مع يمينه . وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن ؛ لكونه قضى الدين بغير يمينه ، ولا تجب اليمين على صاحب

و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وفي كلام أحمد ما يشعر به . قال في الإنصاف « التلخيص » وغيره : ويكفي في ثبوت السبب الاستيفاضة . وقاله في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وقال في « المغني » ، وجماعة من الأصحاب : يقبل قوله أيضا . وتقدم نظير ذلك في الوكالة .

فائدة : لو منع المودع - بفتح الدال - صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا عذر ، ثم ادعى تلفا ، لم يقبل إلا بيمينه ؛ لخروجه بذلك عن الأمانة .

قوله : وإذن في دفعها إلى إنسان . يعني ، إذا قال المودع ، بفتح الدال ، للمودع : أذنت لي في دفعها إلى فلان فدفعتها . فأنكر الإذن ، فالقول قول المودع ، بفتح الدال ، على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف ، ونص عليه في رواية ابن منصور . وقطع به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغني » ، و « التلخيص » ، و « الشرح » ، و « المحرر » ، و « الفائق » ، و « الوجيز » ،

الْوَدِيعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُودِعَ مُفْرَطٌ ، لِكَوْنِهِ أَذِنَ لَهُ فِي قَضَائِهِ بِبُرْءِهِ مِنَ الْحَقِّ وَلَمْ يَبْرَأْ بِدَفْعِهِ ، فَكَانَ ضَامِنًا ، سَوَاءً صَدَّقَهُ أَوْ كَذَّبَهُ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِدَفْعِهِ وَدِيعَةً ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُودِعَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّلْفِ وَالرَّدِّ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَخْلِفُ الْمُودِعُ وَيَبْرَأُ ، وَيَخْلِفُ الْآخَرُ وَيَبْرَأُ ، أَيْضًا ، وَيَكُونُ ذَهَابُهَا مِنْ مَالِهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ خِيَانَةً أَوْ تَفْرِيطًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ ، أَشْبَهَ الْوَكِيلَ .

وغيرهم . وقدمه في « الفروع » . وهو من مفردات المذهب . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوِيٌّ . وَقِيلَ : ذَلِكَ كَوَكَالَةٍ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ . وَلَا يُلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِلْمَالِكِ غَيْرَ الْيَمِينِ ، مَا لَمْ يُقَرَّ بِالْقَبْضِ . وَذَكَرَ الْأَرْجِيُّ ، إِنْ ادَّعَى الرَّدَّ إِلَى رَسُولٍ مُوَكَّلٍ ^(١) وَمُودِعٍ ، فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، ضَمِنَ ؛ لِتَعَلُّقِ الدَّفْعِ بِثَالِثٍ ، وَيَحْتَمِلُ لَا . وَإِنْ أَقَرَّ ، وَقَالَ : قَصَرْتُ لَتَرْكِ الْإِشْهَادِ . احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . قَالَ : وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ أَنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، فَقَضَاهُ فِي غَيْبَتِهِ ، وَتَرَكَ الْإِشْهَادَ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الدَّيْنِ عَلَى الضَّمَانِ ، وَيَحْتَمِلُ ، إِنْ أُمَكَّنَهُ الْإِشْهَادَ فَرَكَهُ ، ضَمِنَ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو ادَّعَى الأداء إلى وارث المالك ، لم يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . قَالَهُ فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَكَذَا دَعَاؤُ الدَّاءِ إِلَى الْحَاكِمِ . الثَّانِيَةُ ، لو ادَّعَى الدَّاءَ عَلَى يَدِ عَبْدِهِ ، أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ خَازِنِهِ ، فَكَدَعَاؤُ الدَّاءِ بِنَفْسِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مُوَكَّلَةٌ » .

وَأِنْ قَالَ : لَمْ تُودِغْنِي . ثُمَّ أَقْرَبَهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَتَهُ ، فَادَّعَى الرَّدَّ الْمُنْعَى أَوْ التَّلْفَ ، لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَتَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ .

٢٤٥٥ - مسألة : (وإن قال : لم تُودِغْنِي . ثم أَقْرَبَهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَتَهُ ، ثم ادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلْفَ ، لم يُقْبَلْ) قَوْلُهُ (وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَتَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ) إِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، فَانْكَرَ ، ثُمَّ ثَبَّتَ أَنَّهُ أَوْدَعَهُ ،

قوله : وما يُدَّعى عليه من خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيطٍ . يَغْنَى ، الْقَوْلُ قَوْلُهُ . وهذا بلا نزاع .

فائدة : هل يَخْلِفُ مُدَّعِي الرَّدِّ وَالتَّلْفِ وَالْإِذْنِ فِي الدَّفْعِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَمُنْكَرُ الْجَنَائَةِ وَالتَّفْرِيطِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ؟ قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمَذْهَبُ لَا يَخْلِفُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّهِمًا . نَصٌّ عَلَيْهِ مِنْ وَجْهِهِ . وَكَذَا قَالَ الْخَرَقِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى فِي الْوَكِيلِ . وَأَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابَيْهِ » ، وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَجُوبَ التَّخْلِيفِ ، قَالَ : وَلَا أَعْلَمُهُ عَنْ أَحَدٍ نَصًّا وَلَا لِإِمَاءٍ . انْتَهَى . وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ الْمُتَأَخِّرِينَ ، مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ [٢٢٠/٢] عَلَى بَعْضِهِ قَرِيبًا .

قوله : وَإِنْ قَالَ : لَمْ تُودِغْنِي . ثُمَّ أَقْرَبَهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَتَهُ فَادَّعَى الرَّدَّ ، أَوْ التَّلْفَ ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَتَهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . مُرَادُهُ ، إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلْفَ قَبْلَ جُحُودِهِ ؛ بَأَن يَدَّعَى عَلَيْهِ الْوَدِيعَةَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَيُنْكَرُهَا ، ثُمَّ يُقَرُّ ، أَوْ تَقُومُ بَيِّنَتُهُ بِهَا ، فَيُقِيمُ بَيِّنَتَهُ بِأَنَّهَا تَلَفَتْ ، أَوْ رُدَّتْهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، أَوْ قَبْلَهُ مَثَلًا ، فَالْمَذْهَبُ فِي هَذَا ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، مِنْ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمُتَّصِفُ مِنْ رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَهُوَ الْحَقُّ . وَقَالَ : هَذَا

فقال : أودعنتي ، وهلكت من حرزى . لم يُقبل قوله ، وعليه ضمانها .
وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ؛ لأنه مكذب
لإنكاره الأول ، ومُعتَرَفٌ على نفسه بالكذب المُنافى للأمانة . وإن أقرَّ
صاحبها له بتلفها من حرزه قبل جحدِها ، فلا ضمان عليه . وإن أقرَّ أنها
تلفت بعد جُحوده ، لم يسقط عنه الضمان ؛ لأنه خرج بجُحوده عن
الأمانة ، فصار ضامنا ، كمن طُوب بالودِعة فامتنع من ردّها . وكذلك
إن أقام بينة بتلفها بعد الجُحود ؛ لذلك . وإن شهدت بتلفها قبل الجُحود

المذهب عندي . وأطلقهما فى « المعنى » ، و « الشرح » . وأما إن ادعى الرُدَّ
أو التلف بعد جُحوده بها ؛ بأن يدعى عليه يوم الجمعة فينكر ثم يقرّ ، أو تقوم البيّنة
بها ، فيقيم بينته بتلفها أو ردّها يوم السبت ، أو بعده مثلا ، فهذا تُقبل فيه البيّنة بالرُدِّ ،
قولاً واحداً . وتقبل فى التلف على الصحيح من المذهب . جزم به فى « المحرر » ،
و « الوجيز » . قال فى « الفروع » : والأصح ، وتُسمع بتلف . وقيل : لا تُقبل .
وهو ظاهر كلام المُصنّف هنا ، وأبى الخطاب ، والسامريّ ، وصاحب
« التلخيص » ، وجماعة ؛ لأنهم أطلقوا . قلت : وهو الصواب .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو شهدت بينة بالتلف أو الرُدِّ ، ولم تُعَيّن ؛ هل ذلك قبل
جُحوده أو بعده ؟ واحتمل الأمرين ، لم يسقط الضمان . قلت : ويَحْتَمِلُ
السقوط ؛ لأنه الأصل . الثانية ، لو قال : لك ودِعة . ثم ادعى ظنّ بقائها ، ثم
علم تلفها ، أو ادعى الرُدَّ إلى ربّها ، فأنكره ورثته ، فهل يُقبل قوله ؟ فيه وجهان .
وأطلقهما فى « الفروع » ، وأطلقهما فى الأولى فى « الرعاية الكبرى » ؛ أحدهما ،
لا يُقبل قوله فى المسألة الأولى . قدّمه فى « المعنى » ، عند قول الخرقى : وإذا

وإن قال : ما لك عندي شيء . قبل قوله في الرد والتلف .
المقنع

الشرح الكبير

من الجزر ، فهل تُسمع بيته ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُسمع ؛ لأنه مُكذَّب لها بإنكاره الإيداع . والثاني ، تُسمع ؛ لأنَّ صاحبها لو أقرَّ بذلك سَقَطَ عنه ، فتُسمع البيَّنة به ، فإنَّ شَهِدْتَ بالتلف من الجزر ولم تُعَيِّنْ قبل الجُحود ولا بعده ، واخْتَمَلَ الأمرين ، لم يَسْقُطِ الضَّمان ؛ لأنَّ الأصل وجوبه ، فلا يَنْتَفِي بِأمر مُتَرَدِّدٍ .

٢٤٥٦ - مسألة : (وإن قال : ما لك [١٥٨/٥ ط] عندي شيء . قبل قوله في الرد والتلف) إذا قامت بيَّنة بالإيداع ، أو أقرَّ به المؤدَّع بعد قوله : ما لك عندي شيء - أو - لا حقَّ لك علي . ثم قال : ضاعَت من جرزي . كان القبولُ قوله مع يمينه ، ولا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ قوله لا يُنافي ما شَهِدْتَ به البيَّنة ، ولا يُكذِّبُها ، فإنَّ مَنْ تَلَفَتِ الوَدِيعَةُ مِنْ جِرْزِهِ بغير تَقْرِيطِهِ لا شيءَ لِمَالِكِهَا عنده ، ولا يَسْتَحِقُّ عليه شيئاً .

قال : عندي عشرةُ دراهم . ثم قال : وديعة . وقَدَّمَهُ الشَّارِحُ في بابِ ما إذا وَصَلَ بإقراره ما يُعَيِّرُهُ . وهو ظاهرُ كلامِ ابنِ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . وقال القاضي : يُقْبَلُ قوله ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، في روايةِ ابنِ مَنصُورٍ : إذا قال : لك عندي وديعةٌ دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ . صُدِّقَ . انتهى . قلتُ : وهذا الصَّوابُ . وأما إذا ادَّعى الرَّدَّ إلى رَبِّها ، وأنكَرَهُ ورَكَتَهُ ، فالصَّحيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قوله ، كما لو كان حَيًّا . ثم وَجَدْتُهُ في « الرَّعَايَةِ الكُبْرَى » قُطِعَ بَأَنَّهُ لا يُقْبَلُ قوله إِلَّا ببيَّنة .

قوله : وإن قال : ما لك عندي شيء . قبل قوله في الرد والتلف . بلا نزاع

فصل : فإن نوى الخيانة في الودعة بالجحود أو الاستعمال ، ولم يفعل ذلك ، لم يصير ضامناً ؛ لأنه لم يحدث في الودعة قولاً ولا فعلاً ، فلم يضمّن ، كما لو لم ينو . وقال ابن سريج : يضمّنها ؛ لأنه أمسكها بنية الخيانة ، فضمّنها ، كاللقطة بقصد التملك . ولنا ، قول النبي ﷺ : « غفَى لأمتي عن الخطأ والنسيان ، وما حدثت به أنفسها ، ما لم تكلم به ، أو تعمل به »^(١) . ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل ، فلم يضمّنها ، كالذي لم ينو ، وفارق الملتقط بقصد التملك ، فإنه عمل فيها^(٢) بأخذها نواياً للخيانة فيها ، فوجب الضمان بفعله المنوي ، لا بمجرد النية . ولو التقطها قاصداً لتعريفها ، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه ، كانت كمسألتنا . وإن أخرجهما بنية الاستعمال ، فلم يستعملها ، ضمّنها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يضمّنها إلا بالاستعمال ؛ لأنه لو أخرجهما لتقلها لم يضمّنها . ولنا ، أنه تعدى بإخراجها ، أشبه ما لو استعملها ، بخلاف ما إذا نقلها .

لكن إن وقع التلف بعد الجحود ، وجب الضمان ؛ لاستقرار حكمه بالجحود ، فيشبه الغاصب . ذكره الشارح ، واقتصر عليه الحارثي ، وقال : والإطلاق هنا مخمول عليه . وقال الزركشي : يُقبل قوله في الرد والتلف . ولا فرق بين قبل الجحود وبعده ، على ظاهر إطلاق جماعته . وقال القاضي في « المجرد » : وقد

(١) الطرف الأول للحديث تقدم تخريجه في ٢٧٦/١ .

والطرف الثاني تقدم تخريجه في ٤٢٨/٧ .

(٢) في م : « بها » .

وَأِنْ مَاتَ الْمُودَعُ ، وَادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ .
وَأِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَبَعْدَهُ يَضْمَنْهَا ،
فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

٢٤٥٧ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ ، فَادَّعَى وَارِثُهُ التَّسْلِيمَ ،
لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ) لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَأْتِئْهُ عَلَيْهَا ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ
الْمُودَعِ ، فَإِنَّهُ اتَّخَذَهُ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ .
٢٤٥٨ - مسألة : (فَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا)

قيل : إِنْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالتَّلَفِ بَعْدَ الْجُحُودِ ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالتَّلَفِ
قَبْلَهُ ، فَلَا ضَمَانَ .

قوله : فَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ فَادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ . بلا نزاع . وكذا
حُكْمُ دَعْوَى الْمُتَلَقِّطِ ، وَمَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا ، الرَّدُّ إِلَى الْمَالِكِ . قَالَ
فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَيَتَوَجَّهُ قَبُولُ دَعْوَاهُ فِي حَالَةٍ لَا يَضْمَنُ فِيهَا بِالتَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمِّنٌ
شَرْعًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . وَلَوْ ادَّعَى الْوَارِثُ أَنَّ مُوَرِّثَهُ رَدَّهَا ، لَمْ يُقْبَلْ أَيْضًا إِلَّا بَيِّنَةٌ
عِنْدَ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَدْ يَخْرُجُ لَنَا قَوْلُ الْقَبُولِ مِنْ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ،
فِيمَا إِذَا كَانَ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ فِي حَيَاتِهِ ، لَمْ تُوجَدْ بَعْنِيهَا ، وَلَا يُعْلَمُ بِقَاوُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
عَدَمُ الْحُصُولِ فِي يَدِ الْوَارِثِ ، وَكَذَلِكَ مَا لَوْ ادَّعَى التَّلَفَ فِي يَدِ مُوَرِّثِهِ . انْتَهَى .
قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّخْرِيجِ إِذَنْ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ
عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُتَّفَقٌ ؛ سِوَا ادَّعَى الْوَارِثُ الرَّدَّ أَوْ التَّلَفَ ، « أَوْ لَمْ يَدَّعِ شَيْئًا » .
قوله : وَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا - بلا نزاع -

لأنه لا تفریط منه ولا تعدُّ . وإن كان بعد الإمكان قُتِلَتْ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يَضْمُنُهَا ؛ لتأخُّر رَدِّهَا مع إمكانه . والآخر ، لا يَضْمُنُهَا ؛ لأنه غير مُتَعَدٍّ في إثبات يده عليها ، إنما حَصَلَتْ في يده بغير فعله .

وبعده يَضْمُنُهَا ، في أحد الوجهين . وهو المذهب . صحَّحه في « التَّضْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . قال في « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَالْمَشْهُورُ الضَّمَانُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْهَادِي » ، و « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَقَالَ : ذَكَرَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَضْمُنُهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا لَا أَعْلَمُ أَحَدًا ذَكَرَهُ إِلَّا الْمُصَنِّفَ . قُلْتُ : قَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « ابْنِ مُنْجَى » ، و « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يَضْمُنُهَا ، إِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا [٢٢٠/٢ ط] صَاحِبُهَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : وَهُوَ أَوَّلَى . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِحِ » .

فائدة : إِذَا حَصَلَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ بِذُنُوبٍ رَضَا صَاحِبُهَا ، وَجَبَتْ الْمُبَادَرَةُ إِلَى رَدِّهَا ، مَعَ الْعِلْمِ بِصَاحِبِهَا وَالتَّمَكُّنِ مِنْهُ ، وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ اللَّقْطَةُ . وَكَذَا الْوَدِيعَةُ ، وَالْمُضَارَبَةُ ، وَالرَّهْنُ ، وَنَحْوُهَا ، إِذَا مَاتَ الْمُؤْتَمَنُ وَانْتَقَلَتْ إِلَى وَارِثِهِ . وَكَذَا لَوْ أَطَارَتِ الرِّيحُ قُوْبًا إِلَى دَارِهِ لغيره . ثُمَّ إِنْ كَثُرَ مِنَ الْأَصْحَابِ قَالُوا هَذَا : الْوَاجِبُ الرُّدُّ . وَصَرَّحَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ بِأَنَّ الْوَاجِبَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ ؛ إمَّا الرُّدُّ ، أَوْ الْإِعْلَامُ ، كَمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، وَذَكَرَ نَحْوَهُ

الشرح الكبير

فصل : إذا مات المودع وعنده ودیعة معلومة بعينها ، فعلى وارثه تمكين صاحبها من أخذها ، فإن لم يفعل ، [١٠٩/٥ و] ضمن كالمودع ، فإن لم يعلم صاحبها بموت المودع ، فعلى الورثة إعلامه ، وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها ؛ لأنه لا يأتينهم عليها ، وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم ، بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوباً وعلم به ، فعليه إعلام صاحبه به ، فإن أخر^(١) ذلك مع الإمكان ضمن . كذا ههنا .

ابن عقيل ، وهو مراد غيرهم . ثم إن الثوب ؛ هل يحصل في يده ؛ لسقوطه في داره من غير إمساك له أم لا ؟ قال القاضى : لا يحصل في يده بذلك . وخالف ابن عقيل . والخلاف هنا منزّل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات ؛ هل يملكها بذلك أم لا ؟ على ما تقدّم في كتاب البيع . وكذا حكم الأمانات إذا فسّخها المالك ؛ كالوديعة ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة ، يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضى في « خلافة » . وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين ، أو غيبته . وظاهر كلامه ، أنه يجب فعل الرد . وعلى قياس ذلك ، الرهن بعد استيفاء الدين ، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة . وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة ، لا يجب على المستأجر فعل الرد ، ومنهم من ذكر في الرهن كذلك . ذكر معنى ذلك في « القاعدة الثانية والأربعين » . وأما إذا مات المودع ، ولم يبين الوديعة ، ولم تعلم ، فهي دين في تركته . تقدّم ذلك في كلام المصنّف ، في أواخر المضاربة .

(١) في م : : أخرز .

فصل : ولا تثبت الوديعَةُ إلا بإقرارِ المَيِّتِ أو ورثته ، أو يئنه . وإن وُجدَ عليها مَكْتُوبٌ وَدِيعَةٌ ، لم يكن حُجَّةً عليهم ، لجواز أن يكون الوعاءُ كانت فيه وَدِيعَةٌ قَبْلَ هذه ، أو كان وَدِيعَةٌ لَمَوْرُوئِهِمْ عِنْدَ غَيْرِهِ ، أو كانت وَدِيعَةٌ فائِتَاعَهَا ، وكذلك لو وَجَدَ في رُزْمَانَجٍ ^(١) أبيه أن لفلانٍ عِنْدِي وَدِيعَةٌ كذا ، لم يَلْزَمْهُ بذلك ؛ لجواز أن يكون قد رَدَّهَا ونَسِيَ الضَّرْبَ على ما كَتَبَ ، أو غير ذلك . وهذا قولُ أَصْحَابِ الشافعي . وحكى القاضي أبو الحسين ، أن المَذْهَبَ وَجُوبُ الدَّفْعِ إلى مَنْ هو مَكْتُوبٌ بِاسْمِهِ . أو مَأْإِلِيهِ أَحَدٌ ، كما لو وَجَدَ في رُزْمَانَجٍ أبيه دَيْنًا على غَيْرِهِ بِخَطِّ أبيه ، كان له أن يَعْمَلَ على خَطِّهِ ، وَيَخْلِفَ على اسْتِحْقَاقِهِ بِالْخَطِّ ، فإِذَا وَجَدَ دَيْنًا عَلَيْهِ كان أَوَّلَى وَأَخْوَطَ .

فائدة جلييلة : تثبت الوديعَةُ بإقرارِ المَيِّتِ ، أو ورثته ، أو يئنه . وإن وَجَدَ خَطًّا مَوْرُوئِهِ : لفلانٍ عِنْدِي وَدِيعَةٌ . أو على كَيْسِرٍ : هذا لفلانٍ . عَمِلَ بِهِ وَجُوبًا . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . قال في « الفروع » : وَيُعْمَلُ بِهِ على الْأَصَحِّ . قال الحارثي : هذا المَذْهَبُ . نصَّ عليه مِنْ رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فِي الْوَصِيَّةِ ، وَنَصَرَهُ ، وَرَدَّ غَيْرَهُ . وقال : قَالَه الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُشْتَوَعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » . وَقِيلَ : لَا يُعْمَلُ بِهِ ، وَيَكُونُ تَرْكُهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ . وَقَدَّمَهُ الشَّارِحُ ، وَنَصَرَهُ ، وَجَزَمَ بِهِ

(١) أصله الروزنامه ، وهي مركبة من روز ، أي يوم ، ونامه أي كتاب والمقصود الدفتر الذي يسجل فيه الألفاظ الفارسية المعربة ٧٥ .

وَإِذَا ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا [١٤٧] لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ الْقَنْعِ يَمِينِهِ ، وَيَحْلِفُ الْمُوَدَّعُ أَيْضًا .

٢٤٥٩ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ يَدَهُ دَلِيلٌ ^(١) مِلْكِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ ادَّعَاهَا لِنَفْسِهِ ،

فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَإِنْ وَجَدَ خَطَّهُ بَدْنَيْنِ لَهُ عَلَى فُلَانٍ ، حَلَفَ الْوَارِثُ ، وَدُفِعَ إِلَيْهِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « إِعْلَامِ الْمُوقِعِينَ » . وَإِنْ وَجَدَ خَطَّهُ بَدْنَيْنِ عَلَيْهِمْ ، فَقِيلَ : لَا يَعْمَلُ بِهِ ، ^(٢) وَيَكُونُ تَرْكُهُ مَقْسُومَةً . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يَعْمَلُ بِهِ ^(٣) ، وَيُدْفَعُ إِلَى مَنْ هُوَ مَكْتُوبٌ بِاسْمِهِ . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : الْمَذْهَبُ وَجُوبُ الدَّفْعِ إِلَى مَنْ هُوَ مَكْتُوبٌ بِاسْمِهِ . أَوْمَأَ إِلَيْهِ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، ^(٤) وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي « إِعْلَامِ الْمُوقِعِينَ » ^(٥) . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْحَارِثِيِّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَالْكِتَابَةُ بِالْأَيُّونِ عَلَيْهِ كَالْكِتَابَةِ بِالْوَدِيعَةِ ، كَمَا قَدَّمْنَا . حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ ، مِنْهُمْ السَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . انْتَهَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . بِلَا زَوَاعِ

(١) بعده في م : « عَلَى » .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

كان القول قولَه ، فكذلك إذا أقرَّ بها لغيره ، ويلزمه أن يحلفَ للآخر ؛
لأنه منكرٌ لحقه ، فإن حلفَ برئ ، وإن نكلَ لزمه أن يعرِّمَ له قيمتها ؛
لأنه فوتها عليه . وكذلك لو أقرَّ له بها بعد أن أقرَّ بها للأول ، فإنها تسلمُ
إلى الأول ، ويعرِّمَ قيمتها للثاني . نصُّ عليه أحمد .

أعلمه . لكن قال الحارثي : وهذا اللفظ ليس على ظاهره ؛ من جهة أنه مُشعرٌ بأنَّ
كمال الاستحقاق يتوقف على اليقين ، وهي إنما تُفيد الاستحقاق حال ردِّها على
المُدَّعي عند مَنْ قال به ، أو حال تعدُّر كمال البيِّنة . وما نحن فيه ليس واحداً من
الأمريَّين . لا يُقال : المودعُ شاهدٌ . إذ لو كان كذلك ، لاغْتَبِرَ له العدالة ، وصيغَةُ
الشهادة ، والأمرُ بخلافه ، فتعيَّن تأويلُه على حلفه للمُدَّعي . انتهى .

قوله : ويخلف المودع - بفتح الدال أيضاً - للمُدَّعي الآخر . على
الصحيح من المذهب . جزم به هنا في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح
الحارثي » ، و « الرعاية » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال في
« المحرر » ، و « الفروع » : حلف في الأصح . ذكرناه في باب الدعاوى .
وقيل : لا يلزمه يمين . فعلى المذهب ، إن نكل ، فعليه البدل للثاني ، بلا نزاع .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تبيَّن للمقرِّ بعد الاقتراع أنها للمقروع ، فقال الإمام
أحمد : قد مضى الحكم . أى ، لا تُنزَع من القارع ، وعليه القيمة للمقروع .
الثانية ، لو دفع الوديعة إلى مَنْ يظنُّه صاحبها ، ثم تبيَّن خطؤه ، ضَمِنَهَا لتفريطه .
صرَّح به القاضي . وخرَّج في « القواعد » وجَّهًا بعدم [٢٢١/٢] الضمان عليه ،
وإنما هو على المثلف وحده .

وَأَنْ أَقْرَبَ بِهَا لَهُمَا ، فَهِيَ لَهُمَا ، وَيَخْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ
قَالَ : لَا أَغْرِفُ صَاحِبَهَا . حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، وَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ
قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

الشرح الكبير

٢٤٦٠ - مسألة : (وَإِنْ أَقْرَبَ بِهَا لهما) جَمِيعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيَلْزَمُهُ
الْيَمِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نِصْفِهَا (وَإِنْ قَالَ : لَا أَغْرِفُ صَاحِبَهَا) فَاغْتَرَفَا
لَهُ بِنَهْلِهِ بَعَيْنَ الْمُسْتَحَقِّ لَهَا ، فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَا مَعْرِفَتَهُ ، لَزِمَتْهُ
يَمِينَ وَاحِدَةً أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَخْلِفُ يَمِينَتَيْنِ ، كَمَا لَوْ
أُنْكَرَ هُمَا . وَلَنَا ، أَنَّ الَّذِي يُدَّعَى عَلَيْهِ أَمْرٌ وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِعَيْنِ الْمَالِكِ ،
فَكَفَاهُ يَمِينَ وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ ادَّعَا بِهَا فَأَقْرَبَ بِهَا لِأَحَدِهِمَا ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا
أُنْكَرَ هُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهَا لَهُ ، فَهُمَا دَعَوِيَانِ ، فَإِنْ
حَلَفَ أَقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، وَسُلِّمَتْ إِلَى مَنْ تَقَعُّ لَهُ الْقُرْعَةُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :
يَتَحَالَفَانِ ، [١٥٩/٥ ط] وَيُوقَفُ الشَّيْءُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَصْطَلِحَا . وَهَذَا قَوْلُ
ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ الْمَالِكُ مِنْهُمَا . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهَا تُقَسَّمُ
بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِهَا لهما . وَهَذَا الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ الْمُثَنِّبِ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى .
وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ فِيمَا حُكِيَ عَنْهُمْ ، قَالُوا : وَيَضْمَنُ الْمُودَعُ

الإصناف

قوله : وَإِنْ أَقْرَبَ بِهَا لهما ، فَهِيَ لهما ، وَيَخْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . بِإِزَاعِ أَغْلَمُهُ .
فَإِنْ نَكَلَ ، فَعَلَيْهِ بِذَلِكَ نِصْفُهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْحَلْفُ
لصَاحِبِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ ، وَكَأَنَّهُ اكْتَفَى بِالْأَوَّلِ .

قوله : فَإِنْ قَالَ : لَا أَغْرِفُ صَاحِبَهَا . حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ . يَعْنِي ، يَمِينًا وَاحِدَةً .

نِصْفَهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ مَا اسْتَوْدَعَ بِجَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي الْحَقِّ فِيمَا لَيْسَ بِأَيْدِيهِمَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا ، كَالْعَبْدَيْنِ إِذَا أَعْتَقَهُمَا فِي مَرَضِهِ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، أَوْ كَمَا لَوْ أَرَادَ السَّفَرُ بِأَحَدَيِ نِسَائِهِ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَتَلَفْ ، وَلَوْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ مِنْهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ فِي جَهْلِهِ تَقْرِيطٌ ، إِذْ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ أَنْ لَا يَنْسَى وَلَا يَجْهَلَ .

إِذَا أَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، وَقَالَ : لَا أَغْرِفُ عَيْنَهُ . فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُصَدِّقَاه ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ صَدَّقَاه ، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ ؛ إِذْ لَا اخْتِلَافَ ، وَعَلَيْهِ التَّسْلِيمُ لِأَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ مَعَ يَمِينِهِ . (ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَفِي نَصُوصٍ أَحْمَدُ مَا يَقْتَضِيهِ . وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقَاه ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُكَذِّبَاه ، أَوْ يَسْكُنَا ؛ فَإِنْ سَكْنَا ، قَبْلَ قَوْلِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ ^(١) . ذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ ؛ مِنْهُمْ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَذَكَرَ عَنِ الشَّافِعِيَّةِ وَجْهًا آخَرَ ، وَعَلَّلَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا بِمُجَرَّدِهِ حَقٌّ ، إِنْ لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى اعْتِبَارِ صَرِيحِ الدَّعْوَى لَوْ جُوبَ الْيَمِينِ . انْتَهَى . ثُمَّ قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ : يُقَرَّعُ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ أَنَّهُالَهُ ، وَأُعْطِيَ . وَإِنْ كَذَّبَاه ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَذْهَبَ لَا يَمِينُ عَلَى مُدَّعِي التَّلْفَرِ وَمُتَكَبِّرِ الْخِيَانَةِ وَالتَّقْرِيطِ ، وَنَحْوِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّهَمًا . وَهَذَا كَذَلِكَ ، فَلَا يَمِينُ عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْمَالِكَ ائْتَمَنَهُ . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْحَلْفِ ، يَخْلِفُ يَمِينًا وَاحِدَةً . عَلَى الصَّحِيحِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارثيُّ ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ : لِتَغَايِرِ
 الْحَقِّينِ ، كَمَا فِي إِنْكَارِ أَصْلِ الْإِدَاعِ . قَالَ : وَهَذَا قَوِيٌّ . انْتَهَى . وَإِذَا تَحَرَّرَ هَذَا ،
 فَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَأَخَذَ . كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ
 فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ وَجْهِ كَثِيرَةٍ . وَإِنْ نَكَلَ الْمُودَعُ عَنِ الِتَّيْمَنِ ، فَقَالَ فِي
 « الْمُجَرَّدِ » : يُقْضَى عَلَيْهِ بِالتَّكْوِلِ ، فَيُلْزَمُهُ الْحَاكِمُ بِالْإِقْرَارِ لِأَحَدِهِمَا ، فَإِنْ أَبَى ،
 فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا . وَلَمْ يَذْكُرْ غُرْمًا . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَقْوَى
 عِنْدِي أَنَّ مِنْ جُمْلَةِ الْقَضَايَا لِلْكَوْلِ غُرْمُ الْقِيَمَةِ ، فَيُغْرَمُ الْقِيَمَةُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 وَكَذَا قَالَ غَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الزُّرْكَشِيِّ » . فَعَلِيَ هَذَا ، يُؤْخَذُ
 بِالْقِيَمَةِ مَعَ الْعَيْنِ ، فَيَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِمَا^(١) أَوْ يَتَّفِقَانِ . هَذِهِ طَرِيقَةُ صَاحِبِ
 « الْمُحَرَّرِ » ،^(٢) وَجَمَاعَةٍ ، وَقَدَّمَهَا الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : وَفِي كَلَامٍ غَيْرِ صَاحِبِ
 « الْمُحَرَّرِ »^(٣) مَا يَقْتَضِي الْاِقْتِرَاعَ عَلَى الْعَيْنِ ، فَمَنْ أَخَذَهَا بِالْقِيَمَةِ ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ
 لِلْآخِرِ . قَالَ : وَهُوَ أَوْلَى ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ مَا يَدَّعِيهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، أَوْ
 بِذَلِكَ عِنْدَ التَّعَدُّلِ ، وَالتَّعَدُّلُ لَا يَتَحَقَّقُ بِلَوْنِ الْأَخْذِ ، فَتَعَيَّنَ الْاِقْتِرَاعُ . انْتَهَى . قَالَ
 فِي « التَّلْخِصِ » : وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : أَعْلَمُ الْمُسْتَحَقُّ ، وَلَا أُخْلِفُ . وَيَأْتِي الْكَلَامُ
 بِأَتَمِّ مِنْ هَذَا ، فِي بَابِ الدَّعَاوَى وَالْيَبِّنَاتِ ، فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فائدة : إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْعَيْنِ لِأَخْذِ الْقِيَمَةِ ، سَلِمَتْ إِلَيْهِ ، وَرُدَّتِ الْقِيَمَةُ إِلَى
 الْمُودَعِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْقَارِعِ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « عَلَيْهَا » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

وإن أودعَهُ اثنانِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ .
وإنْ غَصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٦١ - مسألة : (وإن أودعَهُ اثنانِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ) لأنَّ قِسْمَتَهُ مُمَكِّنَةٌ بغيرِ غَبْنٍ ولا ضَرَرٍ . اختارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وفيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي غَنِيَةِ الشَّرِيكِ ، إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهَا حَاكِمٌ . قاله القاضي .

٢٤٦٢ - مسألة : (وإنْ غَصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُما ، لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِهَا ، وَذَلِكَ

قوله : وإنْ أودعَهُ اثنانِ مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ . مُرَادُهُ ، إِذَا كَانَ يَنْقَسِمُ . وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ : لَا يَنْقُصُ بِتَقْرِيفِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَنْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«التَّلْخِيصِ» ، وَ«الْبُلْعَةِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ أَوْ الْحَاكِمِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَالتَّائِيظُ . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ الشَّرِيكُ حَاضِرًا ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِنَصِيْبِهِ ، وَالْإِذْنُ فِي التَّسْلِيمِ إِلَى صَاحِبِهِ .

قوله : وإنْ غَصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمَعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ؛ أَحَدُهُما ، لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو

من حِفْظِهَا . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأنه لم يُؤْمَرْ به . ولا ضَمَانَ عَلَى
المُودَعِ ، سواء أُخِذَتْ مِنْ يَدِهِ قَهْرًا ، أو أُكْرِهَ عَلَى تَسْلِيمِهَا فَسَلَّمَهَا
بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الإِكْرَاهَ عُذْرٌ لَهُ يُبِيحُ دَفْعَهَا ، فلم يَضْمَنْهَا ، كما لو أُخِذَتْ مِنْ
يَدِهِ قَهْرًا . والله سبحانه وتعالى أعلم .

الخطاب في « الهداية » . وصححه في « التصحيح » ، و « النظم » . وجزم به
في « الوجيز » . وقدمه في « الفروع » ، و « الرعايتين » . والوجه الثاني ، ليس
له ذلك . اختاره القاضي . وصححه في « البلغة » . وقدمه في « المستوعب » ،
و « الخلاصة » ، و « التلخيص » . ومال إليه الحارثي .

فوائد ؛ إحداهما ، حُكْمُ الْمُضَارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمستأجر في المطالبة ،
إذا غُصِبَ منهم ما بأيديهم ، حُكْمُ المودَعِ . قاله أكثر الأصحاب ، وقدم في
« الخلاصة » أنه ليس له بالمطالبة في « الوديعة » . وجزم بالجواز في المرتهن ،
والمستأجر . ومال إليه الحارثي . وقال المصنف في المضارب : لا يلزمه المطالبة
مع حضور رب المال . الثانية ، لو أُكْرِهَ على دفع الوديعة لغير ربها [٢٢١/٢ ظ] ،
لم يضمن . قاله الأصحاب . ذكره الحارثي . قلت : منهم القاضي في « المجرد » ،
وابن عقيل في « الفصول » ، والمصنف في « المعنى » ، وصاحب
« التلخيص » ، والشارح ، وغيرهم . قال المجتد في « شريحه » : المذهب
لا يضمن . انتهى . وفي « الفتاوى الرجيبات » ، عن أبي الخطاب ، وابن عقيل ،
الضمان مطلقًا ؛ لأنه اقتدى به ضرره ^(١) . وعن ابن الزاغوني ، إن أُكْرِهَ على

(١) في ط : ضرورة .

التسليم بالتهديد والوعيد ، فعليه الضمان ، ولا إثم ، وإن ناله العذاب ، فلا إثم ، ولا ضمان . (١) ذكره في « القاعدَة السابعة والعشرين بعد المائة » . وإن صادّره السلطان ، لم يضمن ، على الصحيح من المذهب (١) . اختاره أبو الخطاب . وقدمه في « الفروع » . وقال أبو الوفاء : يضمن ، إن فرط . وإن أخذها منه قهراً ، لم يضمن عند أبي الخطاب . وقطع به في « التلخيص » ، و « الفائق » . وعند أبي الوفاء ، إن ظن أخذها منه بإقراره ، كان دالاً ، ويضمن . وقال القاضي في « الخلاف » ، وأبو الخطاب في « الانتصار » : يضمن المال بالدلالة . وهو المؤدع . وفي « فتاوى ابن الزاغوني » ، من صادّره سلطان ، ونادى بتهديد من عنده وديعة ، فلم يحمّلها ، إن لم يعيته ، أو عيته وتهدّده ، ولم ينله ، إثم وضيم ، وإلا فلا . انتهى . قال الحارثي : وإذا قيل : التوعّد ليس إكراهاً . فتوعّد السلطان حتى سلم ، فجواب أبي الخطاب ، وابن عقيل ، وابن الزاغوني ، وجوب الضمان ، ولا إثم . وفيه بحث . وإذا قيل : إنه إكراه . فنادى السلطان ، من لم يحمّل وديعة فلان ، عُمل به كذا وكذا . فحمّلها من غير مطالبة ، إثم وضيم . وبه أجاب أبو الخطاب ، وابن عقيل في « فتاويهما » . وإن آل الأمر إلى اليمين ، ولا بد ، حلف متأولاً . وقال القاضي في « المجرّد » : له جحدها . فعلى المذهب ، إن لم يخلف حتى أخذت منه ، وجب الضمان ؛ للتفريط ، وإن حلف ولم يتأول ، إثم . وفي وجوب الكفارة روايتان . حكاهما أبو الخطاب في « الفتاوى » . قلت : الصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه ، وعلمه بذلك ، ولم

(١ - ١) سقط من الأصل .

يَفْعَلُهُ . «^(١) ثُمَّ وَجَدْتُهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي بَابِ جَامِعِ الْإِيمَانِ ، قَالَ : وَيُكْفَرُ عَلَى الْأَصَحِّ » . وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الْيَمِينِ بِالطَّلَاقِ ؟ فَأَجَابَ أَبُو الْخَطَّابِ ، بِأَنَّهَا لَا تَتَعَقَّدُ ، كَمَا لَوْ أُكْرِهَ عَلَى إِيقَاعِ الطَّلَاقِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ بَحْثٌ ، وَحَاصِلُهُ ؛ إِنَّ كَانَ الضَّرَرُ الْحَاصِلُ بِالْتَّغْرِيمِ كَثِيرًا يُوَازِي الضَّرَرَ فِي صُورِ الْإِكْرَاهِ ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ لَا يَقَعُ ، وَالْأَوْقَعُ عَلَى الْمَذْهَبِ . انْتَهَى . «^(٢) وَعِنْدَ ابْنِ عَقِيلٍ ، لَا يَسْقُطُ لَخَوْفِهِ مِنْ وَقُوعِ الطَّلَاقِ ، بَلْ يَضْمَنُ بِدَفْعِهَا افْتِدَاءً عَنْ يَمِينِهِ . وَفِي « قِتَاوَى ابْنِ الزُّغَوَانِيِّ » ، إِنَّ أُمَّ الْيَمِينِ بِالطَّلَاقِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، فَصَارَ ذَرْبَةً إِلَى أَخْذِهَا ، وَكَإِقْرَارِهِ طَائِعًا ، وَهُوَ تَفْرِيطٌ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ . نَقَلَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي جَامِعِ الْإِيمَانِ » .
الثَّلَاثَةُ ، لَوْ أُخِّرَ رَدُّ الْوَدِيعَةِ بَعْدَ طَلْبِهَا بِلا عُدْرِ ، ضَمِنَ ، وَبَعْدُ ، لَا يَضْمَنُ ؛ كَالْخَوْفِ فِي الطَّرِيقِ ، وَالْعَجْزِ عَنِ الْحَمْلِ ، وَعَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهَا ؛ لَسَيْلٍ أَوْ نَارٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَفِي مَعْنَى ذَلِكَ ؛ إِتِمَامُ الْمَكْتُوبَةِ ، وَقَضَاءُ الْحَاجَةِ ، وَمُلَازِمَةُ الْغَرِيمِ يُخَافُ قَوْتَهُ ، وَيُمْهَلُ لِأَكْلِهِ ، وَنَوْمِهِ ، وَهَضْمِ طَعَامِهِ ، وَالْمَطَرِ الْكَثِيرِ ، وَالْوَحْلِ الْغَزِيرِ ، أَوْ لَكُونِهِ فِي حِمَامٍ حَتَّى يَخْرُجَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْمُغْنَى »^(٣) وَغَيْرِهِ : إِنَّ قَالَ : أَمْهَلُونِي حَتَّى أَكُلَ ، فَإِنِّي جَائِعٌ . أَوْ : أَنَا ، فَإِنِّي نَاعِسٌ . أَوْ : يَنْهَضِمُ الطَّعَامُ عَنِّي ، فَإِنِّي مُمْتَلِئٌ . أَمْهَلَ بِقَدْرِ ذَلِكَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَقَالَ : وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ ، مَنَعَ التَّأَخِيرَ اغْتِيَارًا بِإِمْكَانِ الدَّفْعِ . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَزَرَقِيِّ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ« التَّلْخِيسِ » : إِنَّ أُخِّرَ لَكُونُهُ فِي حِمَامٍ ، أَوْ عَلَى طَعَامٍ إِلَى قَضَائِهِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) للمغنى ٢٦٩/٩ .

غرضه ، ضَمِنَ ، وإن لم يَأْتُمْ ، على وَجْهِ . واختاره الأَرَجِيُّ ، فقال : يَجِبُ الرُّدُّ بِحَسَبِ الْعَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَأْخِيرُهُ لِعُذْرٍ ، وَيَكُونَ سَبَبًا لِلتَّلَفِ ، فَلَمْ أَرْ نَصًّا . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِنَّمَا جازَ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ . انْتَهَى . الرَّابِعَةُ ، لو أَمَرَهُ بِالرُّدِّ إِلَى وَكِيلِهِ فَتَمَكَّنَ وَأَبَى ، ضَمِنَ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَلَوْ لَمْ يَطْلُبْهَا وَكِيلُهُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا طَلَبَهَا وَكِيلُهُ ، وَأَبَى الرُّدُّ . وَإِذَا دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ ، وَلَمْ يُشْهِدْ ، ثُمَّ جَحَدَ الْوَكِيلُ ، لَمْ يَضْمَنُ بَتَرَكِ الْإِشْهَادِ ، « بِخِلَافِ الْوَكِيلِ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ بَتَرَكِ الْإِشْهَادِ » ؛ لِأَنَّ شَأْنَ الْوَدِيعَةِ الْإِخْفَاءُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرِهِ . وَتَقَدَّمَ إِذَا ادَّعَى الْإِذْنَ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَهَنَّاكَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا . الْخَامِسَةُ ، لو أَخَّرَ دَفْعَ مَالٍ أَمَرَ بِدَفْعِهِ بِلَا عُذْرٍ ، ضَمِنَ ، كَمَا تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي الْوَدِيعَةِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . وَخِيارُهُ أَبُو الْمَعَالِي ؛ بِنَاءً عَلَى اخْتِصَاصِ الْوُجُوبِ بِأَمْرِ الشَّرْعِ . قُلْتُ : الْأَمْرُ الْمُجَرَّدُ عَنِ الْقَرِينَةِ ، هَلْ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ خَمْسَةُ عَشَرَ قَوْلًا لِلْعُلَمَاءِ ؛ مِنْ جُمْلَتِهَا ، أَنَّ أَمْرَ الشَّارِعِ لِلْوُجُوبِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا اخْتَارَهُ أَبُو الْمَعَالِي . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا . ذَكَرَ الْأَقْوَالُ ، وَمَنْ قَالَ بِكُلِّ قَوْلٍ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » . السَّادِسَةُ ، لو قَالَ : خُذْ هَذَا وَدِيعَةً الْيَوْمَ لَا غَدًا ، وَبَعْدَهُ يَعُودُ وَدِيعَةً . فَقِيلَ : لَا تَصِحُّ الْوَدِيعَةُ مِنْ أَصْلِهَا . وَقِيلَ : تَصِحُّ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِ . وَقِيلَ : تَصِحُّ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ ،

وفي بعدِ الغَلَرِ . قال القاضي في « التعليل » : هي وَدِيعَةٌ عَلَى الدَّوَامِ . ذَكَرَهُ عَنْهُ
 الْحَارِثِيُّ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » . وَإِنْ [٢٢٢/٢] أَمَرَهُ بِرَدِّهِ فِي غَدٍ ، وَبَعْدَهُ
 يَعُودُ وَدِيعَةً ، تَعَيَّنَ رَدُّهُ . السَّابِعَةُ ، لَوْ قَالَ لَهُ : كُلَّمَا خُنْتُ ، ثُمَّ عُدْتَ إِلَى الْأَمَانَةِ ،
 فَأَنْتَ أَمِينٌ . صَحَّ ؛ لِصِحِّهِ تَغْلِيْقِ الْإِيْدَاعِ عَلَى الشَّرْطِ ، كَالْوَكَالَةِ . صَرَّحَ بِهِ
 الْقَاضِي . قَالَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » .

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّائِرَةُ الَّتِي لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ .

الشرح الكبير

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

(وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ) الْمَوَاتُ : الأرض الدارسة . تُسَمَّى مَيِّتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتَانًا ، بَفَتْحِ الميمِ والواو . وَالْمَوَاتَانُ : بضم الميم وسكون الواو : الْمَوْتُ الذَّرِيعُ . وَرَجُلٌ مَوَاتَانُ الْقَلْبِ ، بَفَتْحِ الميم وسكون الواو ، يَعْنِي أَعْمَى الْقَلْبِ ، لَا يَفْهَمُ . وَالْأَصْلُ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ مَا رَوَى جَابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(٢) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى مَالِكٌ ،

الإتصاف

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

قوله : وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ . قَالَ أَهْلُ اللَّغَةِ : الْمَوَاتُ مِنْ الْأَرْضِ ؛ هِيَ الَّتِي لَمْ تُسْتَخْرَجْ وَلَمْ تُعْمَرْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَظَاهِرُ إِيرَادِ

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والتِّرْمِذِيُّ ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٤٩/٦ . والدارمى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة فهى له ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٨/٣ ، ٣٨١ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٢٩٩/١٣ .

في « موطئه » ، وأبو داود في « سننه »^(١) عن عائشة مثله . قال ابن عبد البر : وهو مُسْنَدٌ صَحِيحٌ مُتَلَقًى بِالْقَبُولِ عِنْدَ فَهْهَاءِ الْمَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(٢) عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قَالَ عُرْوَةُ : وَقَصَى بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي خِلَافَتِهِ . وَعَامَّةُ فَهْهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ الْمَوَاتَ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي شُرُوطِهِ .

الإنصاف

المُصَنَّفُ ، تَعْرِيفُ الْمَوَاتِ بِمَجْمُوعِ أَمْرَيْنِ ؛ الْأَنْدِرَاسُ ، وَانْتِفَاءُ الْعِلْمِ ، تَحْصِيلًا لِلْمَعْنَى الْمُتَقَدِّمِ عَنْ أَهْلِ اللَّغَةِ ؛ أَنَّهُ الَّذِي لَمْ يُسْتَخْرَجْ ، وَلَمْ يُعْمَرْ . وَعَلَيْهِ نَصُّ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ . قَالَ : وَلَوْ اقْتَصَرَ الْمُصَنَّفُ عَلَى مَا قَالُوا ، لَكَانَ أَوَّلَى وَأَبْيَنَ ، فَإِنَّ الدُّنُورَ يَفْتَضِي حَدُوثَ الْعُطْلِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ ؛ حَيْثُ قَالُوا : قَدَّمَ وَدَرَسَ . وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ تَقَدُّمَ عِمَارَةٍ ، وَهُوَ مُنَافٍ لِانْتِفَاءِ الْعِلْمِ بِالْمِلْكِ . قَالَ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالذَّائِرَةِ ، الَّتِي لَمْ تُسْتَخْرَجْ ، وَلَمْ تُعْمَرْ . وَهُوَ الْأُظْهَرُ مِنْ إِيْرَادِهِ ؛ لِقَوْلِهِ بَعْدَهُ : فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَصْفُ انْتِفَاءِ الْعِلْمِ بِالْمِلْكِ تَعْرِيفًا لِمَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ مِنَ الْمَوَاتِ ، لَا لِمَاهِيَةِ الْمَوَاتِ . وَذَلِكَ حُكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ . ثُمَّ مَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، لَا يَكْفِي فِيهِ مَا قَالَ ، فَإِنَّ حَرِيمَ الْعَامِرِ ، وَمَا كَانَ جَمْعًا أَوْ مُصَلًى ، لَا يُمْلِكُ ، مَعَ أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . وَيُرَدُّ أَيْضًا عَلَى مَا قَالَ ، مَا عَلِمَ مِلْكُهُ لغير

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الحراج والإمارة والفقهاء . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٣/٢ .

(٢) في : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرج والمزارعة . صحيح البخاري ١٤٠/٣ .

فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .
المقنع

٢٤٦٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ،
ففيه رِوَايَتَانِ) وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَوَاتَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَمْ يَجْرِ
عليه مِلْكٌ لِأَحَدٍ وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَثَرُ عِمَارَةٍ ، فِهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بغيرِ
خِلَافٍ بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْبَارَ الْمَرْوِيَّةَ مُتَنَاولَةٌ لَهُ . الْقِسْمُ
الثَّانِي ، مَا جَرَى عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا لَهُ مَالِكٌ
مُعَيَّنٌ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا مِلِكُ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، فِهَذَا لَا يُمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ ، بغيرِ خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ أَنَّ مَا عُرِفَ
بِمِلْكِ مَالِكٍ غَيْرِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ . الثَّانِي ،
مَا مِلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى ذُتِرَ وَعَادَ مَوَاتًا ، فَهُوَ كَالَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءٌ .

مَعْصُومٍ ، فَإِنَّهُ جَائِزُ الْإِحْيَاءِ . قَالَ : وَالْأَصْبَحُ فِي هَذَا مَا قِيلَ : الْأَرْضُ الْمُتَفَكِّةُ
عَنِ الْإِحْيَاءِ ، وَمِلْكُ الْمَعْصُومِ . فَيَدْخُلُ كُلُّ مَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَيَخْرُجُ
كُلُّ مَا لَا يُمْلِكُ بِهِ . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ ، وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ . إِنْ كَانَ
الْمَوَاتُ لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكٌ لِأَحَدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَثَرُ عِمَارَةٍ ، مُلْكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بِلَا
خِلَافٍ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ مِرَازًا . وَإِنْ عُلِمَ لَهُ مَالِكٌ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، وَالْمَالِكُ مُوجُودٌ ،
هُوَ أَوْ أَحَدٌ مِنْ وَرَثَتِهِ ، لَمْ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بِلَا خِلَافٍ ، بَلْ هُوَ إِجْمَاعٌ . حَكَاهُ
ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ وَغَيْرُهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مِلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى ذُتِرَ وَعَادَ مَوَاتًا ،
فِهَذَا أَيْضًا لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ كَذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لِمَعْصُومٍ . وَإِنْ عُلِمَ مِلْكُهُ لِمُعَيَّنٍ
غَيْرِ مَعْصُومٍ ، فَإِذَا أَخِيَاهُ بَدَارَ الْحَرْبِ وَانْدَرَسَ ، كَانَ كَمَوَاتٍ أَصْلِيٍّ ، يُمْلِكُهُ
الْمُسْلِمُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ

وقال مالك : تَمْلِكُ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . ولأنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ مُبَاحٌ ، فَإِذَا تَرَكْتَ حَتَّى تَصِيرَ مَوَاتًا ، عَادَتْ إِلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالُكُهَا ، فَلَمْ تَمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ ، كَالَّتِي مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، وَالخَبَرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » . وَقَوْلُهُ : « مِنْ غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ » ^(١) . وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ حَدِيثِهِ . وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ » [١٦٠/٥ ط] حَقٌّ : وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لَغَيْرِهِ ، فَيَغْرَسَ فِيهَا . رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي « سُنَنِهِ » . ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مُلِكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، فَتَقْيِيسُ عَلَيْهِ مَحَلُّ النِّزَاعِ . وَلأنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمِلْكُ عَنْهَا بِالتَّرْكِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْثَالِ إِذَا تَرَكْتَ حَتَّى

عَقِيلٍ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ : لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَقْتَضِيهِ مُطْلَقُ نُصُوبِهِ . وَإِنْ كَانَ لَا يُعْلَمُ لَهُ مَالِكٌ ، فَهُوَ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا أَثَرُ الْمِلْكِ فِيهِ غَيْرُ جَاهِلِيٍّ كَالْقَرْيَةِ الْخَرَبَةِ ، الَّتِي ذَهَبَتْ أَنْهَارُهَا ، وَدَرَسَتْ آثَارُهَا ، وَقَدْ شَجِلَهَا كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، فَفِي مِلْكِهَا بِالْإِحْيَاءِ رَوَاتَانِ ، وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَأُطْلِقُوا . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ التَّفَرُّقُ بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَالْإِسْلَامِ ، كَمَا يَأْتِي قَرِيبًا .

(١) انظر تخریج البخاری السابق فی صفحة ٧٦ .

تَشَعُّثٌ . وما ذَكَرُوهُ يَنْطَلُ بِالْمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرَى حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِاللُّقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالَفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتَهْلِكَ . التَّوَعُّ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَارُ مَلِكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَارِ الرُّومِ وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ وَنَحْوِهِمْ ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِخْيَاءِ ، فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحَادِيثِ ، وَلَأَنَّ ذَلِكَ الْمَلِكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى طَاوُسٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(١) . وَقَالَ : عَادَى الْأَرْضَ ؛ الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الدَّهْرِ ، فَانْقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أُنَيْسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبُهَا إِلَى عَادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَعَ تَقْدِيمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَبَطْشٍ وَآثَارٍ كَثِيرَةٍ ، فَتَسَبَّبَ كُلُّ آثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا تُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهَا لِإِمَامٍ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَشْبَهَ

تَبْيِيهِ : لَفْظُ الْمُصَنَّفِ وَغَيْرِهِ ، يَقْتَضِي تَعْيِيمَ الْخِلَافِ فِي الْمُنْدَرِسِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَبِدَارِ الْحَرْبِ ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي كُلِّ مِنْهُمَا ؛ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، وَالْمُصَنَّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبِالْجُمْلَةِ ، فَالصَّحِيحُ الْمَنْعُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَكَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ . بِخِلَافِ دَارِ الْحَرْبِ ، فَإِنَّ الْأَصْحَاحَ فِيهِ الْجَوَازُ . وَلَمْ يَذْكُرْ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » سِوَاهُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَتُمْلِكُ بِالْإِخْيَاءِ ، عَلَى

(١) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب لا يترك ذمي بعيه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٣/٦ .

ما لو تَعَيَّنَ مَالُكَ . قال شيخنا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمَلِكِ وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا فَاسْتَحَقُّوه ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عُمَرَاءِهِ ، فَلَمْ يُمْلِكْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالُكَ . النَّوْعُ الثَّالِثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمَلِكُ فِي الْإِسْلَامِ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ إِخْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ؛ لِمَا رَوَى كَثِيرُ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ »^(٢) .

الأَصْحَ ، قَرِيبَ خَرَابٍ ، لَمْ يَمْلِكْهَا مَغْصُومٌ . وَإِذَا قِيلَ بِالْمَنْعِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، كَانَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ ؛ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا أَثَرُ الْمَلِكِ فِيهِ جَاهِلِيٌّ قَدِيمٌ ؛ كَلِيَارِ عَادٍ ، وَمَسَاكِينِ ثَمُودَ ، وَأَثَارِ الرُّومِ ، وَقَدْ شَمِلَهَا أَيْضًا كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، وَكَذَا كَلَامُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَغَيْرِهِمْ مِنْ الْأَصْحَابِ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » خِلَافًا فِي جَوَازِ إِحْيَائِهِ ، وَكَذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ ، وَالصَّحِيحُ

(١) فِي : الْمَعْنَى ١٤٧/٨ .

(٢) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٧٦ .

كَأَخْرَجِهِ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَبِيتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ

١٤٢/٦ .

الشرح الكبير

فَقِيْدَهُ بِكَوْنِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزُ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا [١٦١/٥] إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ ، فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ . وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهَا تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . نَقْلَهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَهِيَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّهَا أَرْضُ مَوَاتٍ لَا حَقَّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَغْيَانِهِمْ ، أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ، وَلِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كُلْقُطَةٌ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ، فَهِيَ كَالرُّكَازِ .

الإنصاف

مِنْ الْمَذْهَبِ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ وَأَصْحَابَهُ لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُمْ فِي الْبَيْتِ الْعَادِيَةِ ، وَهُوَ نَصٌّ مِنْهُ فِي خُصُوصِ النَّوْعِ . وَصَحَّحَ الْمَلِكُ فِيهِ بِالْإِحْيَاءِ صَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « التَّصْحِيحِ » ، وَغَيْرُهُمْ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا لَا أَثَرُ فِيهِ ، جَاهِلِيٌّ قَرِيبٌ ، وَقَدْ شَمِلَهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُمْلِكُ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، مَا تَرَدَّدَ فِي جَرْيَانِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ ، وَفِيهِ رَوَاتَانِ ، ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالُوا : الْأَصَحُّ الْجَوَازُ . وَالرَّوَايَةُ [٢٢٢/٢ ط] الثَّانِيَةُ ، عَدَمُ الْجَوَازِ .

فَالدَّيْمَانِ ؛ إِخْدَامُهُمَا ، لَوْ مَلَكَهَا مَنْ لَهُ حُرْمَةٌ ، أَوْ مَنْ يُسَلِّكُ فِيهِ وَلَمْ يُعْلَمْ ، لَمْ يُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا قِيٌّ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ؛ كَالشَّرِيفِ ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَالشَّيرَازِيِّ . انْتَهَى . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ .

وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فِي دَارِ
الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا .

٢٤٦٤ - مسألة : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) للأخبار التي
رَوَيْنَاهَا (مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا) لِعُمومِ
الأخبارِ ، ولأنَّ عامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ ، كَسَائِرِ
أَمْوَالِهِمْ . فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالُكَ
مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا مِلْكُ كَافِرٍ غَيْرُ مُحْتَرَمٍ ، فَأَشْبَهَ
دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ ذُلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ » . وَلأنَّ الرُّكَازَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا

قال في « الفائق » : مَلَكَ فِي أَظْهَرِ الرُّوَايَاتِ . وَعنه ، ثُمْلُكَ مَعَ الشُّكِّ فِي سَابِقِ
الْعِصْمَةِ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، مِنْهُمْ ؛ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .
وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . الثَّانِيَةُ ، لَوْ
عُلِمَ مَالُكُهَا ، وَلَكِنَّهُ مَاتَ وَلَمْ يُعَقَّبْ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ . « وَعنه ، ثُمْلُكَ بِالْإِحْيَاءِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ مَنْ شَاءَ .

قوله : وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ
غَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا ، إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِي أَرْضِ الْكُفَرِ الَّتِي صُورِلَتْ
عَلَيْهَا ، وَمَا قُرِبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَمْ يُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ
هَذَا مَسَائِلَ ؛ إِحْدَاهَا ، مَا أَحْيَاهُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْأَرْضِ الْمَيْتَةِ ، فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَمْلِكُهَا

أَوَّلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ : « عَادَى الْأَرْضِ » . يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ وَمَصَّتْ عَلَيْهِ الْأَزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَا حُكْمَ لِلْمَالِكِ . فَأَمَّا مَا قَرُبَ مِلْكُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ مَالَكًا بَاقِيًا وَإِنْ لَمْ يَتَّعِينَ ، فَلِهَذَا قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَأَمَّا الرَّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا يُخَالِفُ الْأَرْضَ ، بِدَلِيلِ أَنْ لُقْطَةً دَارِ الْإِسْلَامِ تُمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ

بشروطه الآتية . الثانية ، ما أحياء الكفار ، وهم صنفان ؛ صنف أهل ذمّة ، فيملكون ما أحيوه . على الصحيح من المذهب ، نصّ عليه . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وصحّحه في « الخلاصة » وغيرها . قال الزركشي : هو المنصوص ، وعليه الجمهور . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « المغني » ، و « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح الحارثي » ، وغيرهم . وقيل : لا يملكه . وهو ظاهر قول ابن حامد ، لكن خمل أبو الخطاب في « الهداية » ، ومن تبعه ، ذلك على دار الإسلام . قال الحارثي : وذهب فريق من الأصحاب إلى المنع ، منهم ابن حامد ، « أخذًا من امتناع شفعته على المسلم ، وردّ ، وفرّق الأصحاب بينهما . وقيل : لا يملكه بالإحياء في دار الإسلام . قال القاضي : هو مذهب جماعة من الأصحاب ، منهم ابن حامد ^(١) . قال في « المذهب » ، و « مسبوک الذّهب » : يملكه الذمّي في دار الشرك ، وفي دار الإسلام وجهان . فعلى المذهب المنصوص ، إن أحياء عنوة ، لزّمه عنه الخراج ، وإن أحياء غيره ، فلا شيء عليه . على الصحيح من المذهب . قال الزركشي : هذا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فصل : ولا فرق بين المسلم والذمي في الإخياء . نص عليه أحمد .
وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يملك الذمي بالإخياء في دار الإسلام .
قال القاضي : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ؛ لقول رسول الله ﷺ :
« مَوْتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي »^(١) . فجمع الموتان ،
ثم جعله للمسلمين . ولأن مَوْتَانِ الْأَرْضِ مِنْ حُقُوقِهَا ، والدار
للمسلمين ، فكان مَوَاتُهَا لَهُمْ ، كمرافق المملوك . ولنا ، عموم قوله عليه
السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٢) . ولأن هذه جهة من جهات
التملك ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جهاته . وحديثهم لا

أشهر الروايتين . وعنه ، عليه عشر ثمره وزرعه . والصنف الثاني ، أهل حرب ،
فظاهر كلام المصنف ، أنهم كأهل الذمة في ذلك . وهو ظاهر كلام جماعة ،
منهم صاحب « الوجيز » ، وهو أحد الوجهين . والصحيح من المذهب ، أنه لا
يملكه بالإخياء ، وهو ظاهر كلامه في « المعنى » ، و « الشرح » ،
و « الرعايتين » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » . قلت^(٣) : ويمكن حمل
كلام من أطلق على أهل الذمة ، وأن الألف واللام للعهد ؛ لأن الأحكام جارية
عليهم . لكن يرد على ذلك ، كون المسألة ذات خلاف ، فيكون الظاهر موافقا
لأحد القولين . ويردده كون المصنف لم يخلق في كتبه خلافا . قال الحارثي :
والكافر ، على إطلاقه ، صحيح في أراضي الكفار ؛ لعموم الأدلة . وهذا

(١) انظر تخرج حديث : « عادى الأرض لله ورسوله » . صفحة ٧٩ .

(٢) انظر ما تقدم تخريجه في صفحة ٧٥ .

(٣) سقط من : ط .

الشرح الكبير

نَعْرِفُهُ ، إِنَّمَا نَعْرِفُ قَوْلَهُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ » ١٦١/٥ ط [وَرَسُولُهُ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُهَا » . هَكَذَا رَوَاهُ ^(١) سَعِيدُ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَهُوَ مُرْسَلٌ ، رَوَاهُ طَاوُسٌ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . ثُمَّ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكُمْ » . أَيْ لِأَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ . وَالذَّمُّ مِنْ أَهْلِ

الصَّوَابِ . الثَّلَاثَةُ ، إِنْ كَانَ الْإِحْيَاءُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، مَلَكَهْ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، فَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُهُ فِي ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْمُتَبَهِّجِ » ، وَرِوَايَةٌ فِي « الْإِقْنَاعِ » ، وَ « الْوَاضِحِ » . الرَّابِعَةُ ، مَا أَحْيَاهُ الْمُسْلِمُ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِي صُولِحُوا عَلَيْهَا عَلَى أَنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوا بِإِحْيَائِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَمَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِيهِ اخْتِمَالٌ ، أَنَّهَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ كَغَيْرِهَا . الْخَامِسَةُ ، مَا قَرَّبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، كَطَرَفِهِ وَفَنَائِهِ ، وَمَسِيلِ مَائِهِ ، وَمَطَرَحِ قِمَامَتِهِ ، وَمَلَقَى تَرَابِهِ ، وَآلَتِهِ ، وَمَرْعَاهُ ، وَمُخْتَطَبِهِ ، وَحَرِيمِ الْبُيُوتِ وَالتَّنَهْرِ ، وَمُرْتَكَضِ الْخَيْلِ ، وَمَذْفَنِ الْأَمْوَاتِ ، وَمُنَاخِ الْإِبِلِ ، وَغَوْرِهَا ، فَهَذَا لَا يَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ مِنْ رِوَايَةٍ غَيْرِ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَقْطَعُهُ الْإِمَامُ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهِ . وَقِيلَ : لِيَمْلِكُهُ لَهُ .

تَنْبِيْهُ : ظَاهِرُ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا . أَنَّ مَوَاتِ أَرْضِ الْعَنْوَةِ كَغَيْرِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) فِي م : رَوَى .

الدار ، تجرى عليه أحكامها . وقولهم : إنها من حقوق دار الإسلام . قلنا : هو من أهل الدار ، فملكها كما يملكها بالشراء ، ولأنه يملكها محتاجاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطه ، وهي من مرافق دار الإسلام ، فذلك الموات .

« المعنى » ، و « المحرر »^(١) ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحارثي الصغير » ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . قال الحارثي : وهو أقوى . وعنه ، لا تملك بالإحياء ، لكن تقر بيده بخراجه^(٢) ، كما لو أحياه^(٣) ذمي . قال الحارثي : وهو المذهب عند ابن أبي موسى ، وأبي الفرج السمرائي . قال أبو بكر في « زاد المسافر » : وبه أقول . انتهى . وعنه ، إن أحياه مسلم ، فعليه عشر ثمره وزرعه . وعنه ، على ذمي أحياء غير غنوة عشر ثمره وزرعه . وقيل : لاموات في أرض السواد . وحمله القاضي على عامره . [٢٢٣/٢ و] قال في « الرعاية الكبرى » : وقيل : لاموات في عامر السواد . وقيل : ولا عامره .

فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه ؟ يحتمل وجهين . وأطلقهما في « التلخيص » ، و « الرعاية » ، و « الفروع » . قلت : الأولى أنه لا يملك ذلك بالإحياء ، ثم وجدت الحارثي قال : هذا الحق .

(١) سقط من الأصل .

(٢) في ١ : « بخراجها » .

(٣) في ١ : « أحياءها » .

بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الْمُنْعِ
الَّتِي صُولُحُوا عَلَيْهَا .

٢٤٦٥ - مسألة : وَيَمْلِكُهُ (بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ،
أَنْ أَحْيَاءَ الْمَوَاتِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ . وبهذا قال الشافعي ، وأبو
يُوسُفَ ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ مَدْخَلًا
فِي النَّظَرِ فِي ذَلِكَ ، بِذَلِكَ مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا فَلَمْ يُحْيِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْأَحْيَاءِ
أَوْ التَّرْكِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ، كَالِ بَيْتِ الْمَالِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :
« مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . وَلِأَنَّ هَذِهِ عَيْنُ مُبَاحَةٍ ، فَلَا يَفْتَقِرُ تَمْلُكُهَا
إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، كَأَخْذِ الْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ ، وَنَظَرُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ لَا
يَذُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ إِذْنِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةٍ ، طَالَبَهُ الْإِمَامُ أَنْ
يَأْخُذَ حَاجَتَهُ وَيَنْصَرِفَ ، وَلَمْ يَفْتَقِرْ ذَلِكَ إِلَى إِذْنِهِ . وَأَمَّا مَا يُبَيِّنُ الْمَالِ
فَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلِلْإِمَامِ تَعْيِينُ مَصَارِفِهِ وَتَرْتِيبُهَا ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ،
بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّ هَذَا مُبَاحٌ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ كَانَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهِ ،
كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ .

٢٤٦٦ - مسألة : (إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِي
صُولُحُوا عَلَيْهَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ جَمِيعَ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَا سِوَاءَ الْمَفْتُوحِ
عَنْهُ ؛ كَأَرْضِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ ، وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ كَالْمَدِينَةِ ، وَمَا
صُولِحَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ كَأَرْضِ خَيْبَرَ ، إِلَّا الَّذِي صُولِحَ
أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لَهُمْ وَلَنَا الْخَرَاجُ عَنْهَا ، فَإِنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : لَوْ دَخَلَ

وَمَا قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَمْ يُمْلِكْ بِالْإِخْيَاءِ .
وَأِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

إليها مُسَلِّمٌ فَأَخِيفَا مَوَاتًا لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ صُولُخُوا فِي بِلَادِهِمْ ، فَلَا يَجُوزُ
التَّعَرُّضُ لَشَيْءٍ مِنْهَا ، عَامِرًا كَانَ أَوْ مَوَاتًا ؛ [١٦٢/٥] لِأَنَّ الْمَوَاتَ تَابِعَ
لِلْبَلَدِ ، فَإِذَا لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِمُ الْبَلَدُ لَمْ يَمْلِكْ مَوَاتَهُ . وَيُفَارِقُ دَارَ الْحَرْبِ ،
حَيْثُ يَمْلِكُ مَوَاتَهَا ؛ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ ، وَهَذِهِ
صَالِحَتُهُمْ عَلَى تَرْكِهَا لَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ أَحْيَاها ؛ لِعُمُومِ
الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهَا مِنْ مَبَاحَاتِ دَارِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ وَجَدَ مِنْهُ سَبَبُ
تَمْلِكِهَا ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي السُّوَادِ
مَوَاتٌ . يَعْنِي سَوَادَ الْعِرَاقِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْعَامِرِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ذَلِكَ لِكَوْنِ السُّوَادِ كَانَ مَغْمُورًا كُلُّهُ فِي زَمَنِ عُمرَ
ابنِ الْخَطَّابِ ، حِينَ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ ، حَتَّى بَلَّغْنَا أَنَّ رَجُلًا
مِنْهُمْ ^(١) سَأَلَ أَنْ يُعْطَى خَرْبَةٌ ، فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ خَرْبَةً فَقَالَ : إِنَّمَا ^(٢) أَرَدْتُ
أَنْ أُعْلِمَكُمْ كَيْفَ أَخَذْتُمُوهَا مِنَّا . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَوَاتٌ حِينَ مَلَكَهَا
الْمُسْلِمُونَ ، لَمْ يَصِرْ فِيهَا مَوَاتٌ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ مَا دُثِرَ مِنْ أُمْلَاكِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ
يَصِرْ مَوَاتًا ، عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

٢٤٦٧ - مسألة : (وما قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَا يُمْلِكُ
بِالْإِخْيَاءِ . فَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ) كُلُّ مَا تَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ

قوله : وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

العاير ؛ مِنْ طُرُقِهِ ، وَمَسِيلِ مَائِهِ ، وَمُطَرِّحِ قُصَامَتِهِ ، وَمُلْقَى تُرَابِهِ ،
وآلَاتِهِ ، لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَكَذَلِكَ مَا تَعَلَّقَ
بِمَصَالِحِ الْقَرْيَةِ ؛ كِفَنَائِهَا ، وَمَرْعَى مَاشِيَتِهَا ، وَمُحْتَطَبِهَا ، وَطُرُقِهَا ،
وَمَسِيلِ مَائِهَا ، لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ أَيْضًا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ
الْعِلْمِ . وَكَذَلِكَ حَرِيمُ الْبَيْرِ وَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، وَكُلُّ مَمْلُوكٍ لَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ
مَا تَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً
فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » ^(١) . مَفْهُومُهُ أَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُسْلِمٍ لَا
يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَلَئِنَّهُ تَابِعٌ لِلْمَمْلُوكِ ، وَلَوْ جَوَزْنَا إِحْيَاءَهُ ، لَبَطَلَ الْمِلْكُ
فِي الْعَايِرِ عَلَى أَهْلِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ هَذِهِ الْمَرَافِقَ لَا يَمْلِكُهَا الْمُخَيَّبِي

و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنْ
الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « التَّلْخِصِ » ، وَ « التَّنْظِيمِ » ، وَ « التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ،
وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُمَا أَنْصَهُمَا وَأَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ بِإِحْيَائِهِ .
وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ صَاحِبُ الْعَايِرِ دُونَ غَيْرِهِ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، حُكْمُ إِقْطَاعِ ذَلِكَ حُكْمِ إِحْيَائِهِ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : لَوْ اخْتَلَفُوا فِي الطَّرِيقِ وَقَتَ الْإِحْيَاءِ ، جُعِلَتْ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ لِلْخَبَرِ ،

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٨٠ .

بالإخياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره ؛ لأنَّ الإخياء الذي هو سببُ الملك لم يُوجد فيها . وقال الشافعي : يملكُ بذلك . وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقي في حريمِ البئر ؛ لأنَّه مكانٌ استَحَقَّه بالإخياء ، فملكه ، كالمُحبي ، ولأنَّ [١٦٢/٥ ط] معنَى الملكِ مَوْجُودٌ فيه ؛ لأنَّه يَدْخُلُ مع الدَّارِ في البَيْعِ ، وَيَخْتَصُّ به صاحِبُها . فأما ما قُرِبَ مِنَ العائِرِ ولم يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَيَجُوزُ إحياءُوه ، في إحدَى الرُّوَايَتَيْنِ . قال أحمدُ في رِوَايَةِ أَبِي الصَّغَرِ ، في رَجُلَيْنِ أَحْيَا قِطْعَتَيْنِ مِنْ مَوَاتٍ ، وَبَقِيََتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فَلَيْسَ لَهَا مَنَعَةٌ . وقال في جَبَانَةٍ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاها فَهِيَ لَهُ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لَعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » .

ولا يُغَيِّرُ بعدَ وَضْعِها ، وإنْ زَادَتْ على سَبْعَةِ أَذْرُعٍ ؛ لأنَّها لِلْمُسْلِمِينَ . نصٌّ عليه . واختارَ ابنُ حَامِدٍ ^(١) أَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ في أَرْبابِ مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ أَرَادُوا قِسْمَتَهُ ، واخْتَلَفُوا في قَدْرِ حَاجَتِهِمْ . قلتُ : قال الجوزجانيُّ في « الْمُتَرَجِمِ » عن قولِ الإمامِ أحمدَ : لا بَأْسَ بِنِيبَاءِ مَسْجِدٍ في طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، إذا لم يَضُرَّ بالطَّرِيقِ : عَنِ الإمامِ أحمدَ مِنَ الضَّرَرِ بالطَّرِيقِ ما وَقَّتَ النَّبِيُّ ﷺ ، مِنَ السَّبْعِ الْأَذْرُعِ . قال في « القَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالثَّمَانِينَ » : كَذَا قال . قال : ومُرَادُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ الْبِنَاءُ إذا فَضَّلَ مِنَ الطَّرِيقِ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ . وَالْمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « إذا اخْتَلَفْتُمْ في الطَّرِيقِ ، فَاجْعَلُوهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ » ^(٢) . في أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لِقَوْمٍ أَرَادُوا الْبِنَاءَ ، وَتَشَاحُوا في

(١) في ١ : « بطة » .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٣٢/٣ . وابن ماجه ، في : باب إذا تشاحروا في قدر الطريق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٥/١ ، ٣٠٣ .

الشرح الكبير

ولأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق^(١) ، وهو يعلم أنه بين^(٢) عمارة المدينة . ولأنه موات لم تتعلق به مصلحة العاير ، فجاز إحياءه ، كالبعيد . والثانية ، لا يجوز إحياءه . وبه قال أبو حنيفة ، والليث ؛ لأنه في مظنة تعلق المصلحة به ، فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه إلى فناءه ويجعله طريقاً ، أو يخرب حائطه فيجعل آلات البناء في فناءه ، وغير ذلك ، فلم يجز تقويت ذلك عليه ، بخلاف البعيد . إذا ثبت هذا ، فإنما يرجع في القريب والبعيد إلى العرف . وقال الليث : حده غلوة^(٣) ، وهو^(٤) خمس خمس الفرسخ^(٥) . وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أذناه ، فصاح بأعلى صوته ، لم يسمع أذن أهل المضر إليه . ولنا^(٦) ، أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ، ولا يعرف بالرأي والتحكم ، ولم يرذ من الشرع تحديد له ، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف ، كالقبض والإخراج ، فقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل ،

مقدار ما يتركونه منها للطريق . وبذلك فسر ابن بطّة ، وأبو حفص العكبري ، والأصحاب ، وأنكروا جواز تخصيص الطريق الواسع إلى أن يبقى سبعة أذرع . انتهى . وقدّم ما قدّمه في « الفروع » ، في « التلخيص » وغيره . الثالثة ، إذا نصب

(١) انظر ما تقدم في ٥٧٧/٦ وما سيأتي في صفحة ١٢٧ .

(٢) في م : من .

(٣) تقدر بثلاثمائة إلى أربعمائة ذراع .

(٤ - ٥) في الغنى ١٥٠/٨ : خمس الفرسخ .

(٥) في م : الثاني .

المتع وَلَا تُمَلِّكَ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ، كَالْمِلْحِ ، وَالْقَارِ ، وَالتَّنْفُطِ ،
وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ ، بِالْإِخْيَاءِ ، وَلَيْسَ [١٤٧ ط] لِلْإِمَامِ
إِقْطَاعُهُ .

الشرح الكبير وليس ذلك بأوّلَى من تحديده بشيءٍ آخرَ ، كميلٍ أو نصفِ ميلٍ . وهذا
التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرُوهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، يَخْتَصُّ بِمَا قُرْبَ مِنَ الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ ،
وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدًّا لِكُلِّ مَا قُرْبَ مِنْ عَامِرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنَّ مَنْ
أَخْبَا أَرْضًا فِي مَوَاتٍ ، حَرُمَ إِخْيَاءُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ ، مَا
لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ الْحَدِّ .

٢٤٦٨ - مسألة : (وَلَا تُمَلِّكَ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ؛ كَالْمِلْحِ ،
[١٦٣/٥ ط] وَالْقَارِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ ، وَالتَّنْفُطِ ، بِالْإِخْيَاءِ ، وَلَيْسَ
لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوَصَّلُ إِلَى
مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤَنَّةٍ ، يَنْتَابُهَا النَّاسُ ، وَيَنْتَفِعُونَ بِهَا ؛ كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ،

الإِنصافُ الْمَاءُ عَنْ جَزِيرَةٍ ، فَلَهَا حُكْمُ الْمَوَاتِ ؛ لِكُلِّ أَحَدٍ إِخْيَاؤُهَا ، بَعْدَتْ أَوْ قَرُبَتْ . ذَكَرَهُ
ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَنَصُّ عَلَيْهِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : هَذَا مَعَ عَدَمِ الضَّرَرِ . وَنَصُّ عَلَيْهِ . انْتَهَى . الرَّابِعَةُ ، مَا غَلَبَ الْمَاءُ عَلَيْهِ
مِنَ الْأَمْثَالِ وَاسْتَبَحَرَ ، بِاقْرَاعٍ عَلَى مِلْكٍ مُلَّاكِهِ ، لَمْ أَخْذْهُ إِذَا نَضَبَ عَنْهُ . نَصُّ عَلَيْهِ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يُمَلِّكَ مَا نَضَبَ مَاؤُهُ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ .

تبيين ؛ أَحَدُهُمَا ، مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَلَا تُمَلِّكَ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ؛ كَالْمِلْحِ ،
وَالْقَارِ ، وَالتَّنْفُطِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ . وَكَذَلِكَ الْمَاءُ ، وَالْكَبِيرِيثُ ، وَالْمُومِنَا ،

والكِبَرِيَّتِ ، وَالْقَبِيرِ ^(١) ، وَالْمُومِيَا ^(٢) ، وَالنَّفْطِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْبِرَامِ ^(٣) ،
وَالْيَاقُوتِ ، وَمَقَاطِعِ الطَّيْنِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، لَا يُمَلِّكُ بِالْإِخْيَاءِ ، وَلَا
يَجُوزُ إِقْطَاعُهُ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، وَلَا اخْتِجَارُهُ دُونَ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ
ضَرَرًا بِالْمُسْلِمِينَ وَتَضْيِيقًا عَلَيْهِمْ ، وَلِمَا رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرْمِذِيُّ ، بِإِسْنَادِهِمْ ^(٤) ، عَنْ أَبِيضَ بْنِ حَمَالٍ ، أَنَّهُ اسْتَقْطَعَ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ الْمِلْحَ الَّذِي بِمَأْرَبَ ، فَلَمَّا وَلَّى ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَنْذِرِي مَا
أَقْطَعْتَ لَهُ ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ الْمَاءَ الْعِدَّةَ ^(٥) . فَرَجَعَهُ مِنْهُ . قَالَ : قُلْتُ : يَا

الْبِرَامِ ، وَالْيَاقُوتِ ، وَمَقَاطِعِ الطَّيْنِ ، وَنَحْوِهِ . أَنَّ الْمَعَادِنَ الْبَاطِنَةَ تُمَلِّكُ . وَهُوَ
وَجْهٌ وَاحْتِمَالٌ لِلْمُصَنَّفِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنَصٌّ عَلَيْهِ
فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، فَلَا تُمَلِّكُ .
قَالَ الْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ :
هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا يُمَلِّكُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ
إِقْطَاعُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .

(١) القير : الزفت .

(٢) موميا : مادة تمجد خصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء ، تطلق به أجساد الموتى حتى تحفظ لا تتغير . الجامع لمفردات الأودية ١٦٩/٤ .

(٣) البرام : القلور من الحجارة .

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٥/٢ ، ١٥٦ .
والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ١٤٩/٦ ، ١٥٠ .
أخرجه ابن ماجه ، في : باب إقطاع الأنهار والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والدارمي ،
في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٨/٢ . وأبو عبيد في الأموال ٢٧٥ .

(٥) العدة : الجاري .

رسول الله، ما يُحْمَى^(١) مِنَ الْأَرَاكِ؟ قال: «مَا لَمْ تَنْلُهُ أَخْفَافُ الْإِبِلِ». وهو حديث غريب. ورواه سعيد، قال: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ الْمَارِيَّ^(٢)، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِيصَ بْنِ حَمَّالٍ الْمَارِيَّ^(٣) قال: اسْتَقَطَّعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ الْمِلْحِ بِمَارِبَ، فَأَقْطَعْنِيهِ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ. يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ. فقال رسول الله ﷺ: «فَلَا إِذْنَ». ولأنَّ هَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ الْعَامَّةُ، فَلَمْ يَجْزِ إِخْيَاؤُهُ وَلَا إِقْطَاعُهُ، كَمَشَارِعِ الْمَاءِ وَطُرُقَاتِ الْمُسْلِمِينَ. قال ابن عَقِيلٍ: هَذَا مِنْ مَوَادِّ اللَّهِ الْكَرِيمِ، وَفَيْضِ جُودِهِ الَّذِي لَا غَنَاءَ عَنْهُ، وَلَوْ مَلَكَهٗ أَحَدٌ بِالْاِجْتِبَارِ، مَلَكَ مَنَعَهُ، فَضَاقَ عَلَى النَّاسِ، فَإِنْ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ أَغْلَاهُ، فَخَرَجَ عَنِ الْوَضْعِ الَّذِي وَضَعَهُ اللَّهُ بِهِ مِنْ تَعْمِيمِ ذَوِي الْحَوَائِجِ مِنْ غَيْرِ كُفْلَةٍ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا.

فائدة: حُكْمُ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً، حُكْمُ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ الْأَصْلُ.

التَّيْسِيَةُ الثَّانِي، مَفْهُومُ قَوْلِهِ عَنِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ: وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ. أَنَّ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ. وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ، وَالشَّارِحِ. وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ أَدْلَةً ذَلِكَ، وَقَالَ: هَذَا قَاطِعٌ فِي الْجَوَازِ، فَالْقَوْلُ بِخِلَافِهِ بَاطِلٌ. وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ

(١) بعده في م: ولى.

(٢) في ر ١: المازني. وانظر المشتبه للذهبي ٥٦٤.

الشرح الكبير

فصل : فأما المعادن الباطنة ، وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة ؛ كمعادن الذهب ، والفضة ، والحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والبُلُور ، والفَيروزَج ، فإن كانت ظاهرة ، لم تملك أيضًا [١٦٣/٥] بالإحياء ؛ لما ذكرنا فى التى قبلها . وإن لم تكن ظاهرة ، فحفرها إنسان وأظهرها ، لم يملكها بذلك فى ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعى . ويَحْتَمِلُ أن يملكها بذلك . وهو قول للشافعى ؛ لأنه مَوَاتٌ لا يَنْتَفِعُ به إلا بالعمل والمؤنة ، فملك بالإحياء ، كالأرض ، ولأنه بإظهاره تَهَيَّأَ للانتفاع . به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبهه الأرض إذا أحيها بماء أو حاطها . وَوَجْهُ الأول ، أن الإحياء الذى يملك به هو العِمارة التى يَتَهَيَّأُ بها المُحْيَا للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حَفَرٌ وتَخْرِيبٌ يَحْتَاجُ إلى تكرار عند كل انتفاع . فإن قيل : فلو احتفر

وغيره ، وقد هداهم الله إلى الصواب . انتهى . قال فى « الفائق » : ولا يجوز إقطاع مالا يملك من المعادن . نص عليه . وقال الشيخ : يجوز . فظاهر عبارته ، إدخال الظاهرة والباطنة فى اختيار الشيخ ، والصحيح من المذهب ، أنه ليس للإمام إقطاعه ، كالمعادن الظاهرة . قال المصنف ، والشارح : قاله أصحابنا . وكذا قال الحارثي . وقدمه فى « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهما .

تنبيه : مثل المصنف وجماعة ، رَحِمَهُمُ اللهُ ، من المعادن الظاهرة بالمنح . قال الحارثي : وليس على ظاهره ، فإن منه ما يحتاج إلى عمل وحفر ، وذلك من قبيل الباطن . والصواب أن الماتى منه من الظاهر ، وكذا الظاهر من الجبل ، وما احتاج إلى كشف يسير . وأما المحتاج إلى العمل والحفر ، فمن قبيل الباطن .

المقنع فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ الْمَاءُ صَارَ
مِلْحًا ، مَلَكُهُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ .

الشرح الكبير بَقَرًا مَلَكُهَا وَمَلَكَ حَرِيمُهَا . قُلْنَا : الْبُقَرُ تَهَيَّأَتْ لِلانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ
حَفْرِ وَلَا عِمَارَةٍ ، وَهَذِهِ الْمَعَادِنُ تَخْتِاجُ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ إِلَى عَمَلٍ
وَعِمَارَةٍ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْخَارِثِ
مَعَادِنَ الْقَبِيلَةِ ، جَلِسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا^(١) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٢) .

٢٤٦٩ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ
الْمَاءُ صَارَ مِلْحًا ، مُلِكُ الْإِحْيَاءِ ، وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ) لِأَنَّهُ لَا يُضَيِّقُ عَلَى
الْمُسْلِمِينَ بِإِخْدَائِهِ ، بَلْ يَحْدُثُ نَفْعُهُ بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يُنْتَفَعِ مِنْهُ ، كَبَقِيَّةِ
السَّمَوَاتِ . وَإِحْيَاءُ هَذَا تَهَيَّأَتْ لِمَا يَصْلُحُ لَهُ ؛ مِنْ حَفْرِ تَرَابِهِ ، وَتَمْهِيدِهِ ،
وَفَتْحِ قَنَاةٍ إِلَيْهِ تَصُبُّ الْمَاءُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَهَيَّأُ بِهَذَا لِلانْتِفَاعِ بِهِ .

الإنصاف قوله : فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ الْمَاءُ صَارَ مِلْحًا ، مُلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ مُخْبِيهِ . قَالَ
فِي « الرُّعَايَةِ » ، وَ« الْفَاتَوَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : مُلِكُ الْإِحْيَاءِ فِي أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمُذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمَعْنَى » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ،
وغيرهم . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ .

(١) المجلسي : مَا كَانَ مِنْ أَرْضِ نَجْدٍ . وَالْغَوْرَى : مَا كَانَ مِنْ بِلَادِ نَهْمَةَ .

(٢) تقدم تخريجه في ٥٧٧/٦ .

(٣) سقط من : م .

وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الْمَقْنَعِ
الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

٢٤٧٠ - مسألة : (وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا ، مَلَكَ مَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ
الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) إِذَا مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْإِحْيَاءِ ، فَظَهَرَ فِيهَا
مَعْدِنٌ جَامِدٌ ، مَلَكَهُ ، ظَاهِرًا كَانَ أَوْ بَاطِنًا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَرْضَ بِجَمِيعِ
أَجْزَائِهَا وَطَبَقَاتِهَا ، وَهَذَا مِنْهَا . وَيُفَارِقُ [١٦٤/٥] الْكَتْزَ ، فَإِنَّهُ مُوَدَّعٌ
فِيهَا ، وَلَيْسَ مِنْ أَجْزَائِهَا . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ ظَاهِرًا قَبْلَ إِحْيَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ
قَطَعَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ نَفْعًا كَانَ وَاصِلًا إِلَيْهِمْ ، وَمَنْعَهُمْ انْتِفَاعًا كَانَ لَهُمْ ، وَهَهُنَا
لَمْ يَقْطَعْ عَنْهُمْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ظَهَرَ بِإِظْهَارِهِ . وَلَوْ تَحَجَّرَ الْأَرْضَ أَوْ أَقْطَعَهَا ،
فَظَهَرَ فِيهَا الْمَعْدِنُ قَبْلَ إِحْيَائِهَا ، كَانَ لَهُ إِحْيَاؤُهَا ، وَيَمْلِكُهَا بِمَا فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ
صَارَ أَحَقَّ بِتَحَجُّرِهِ وَإِقْطَاعِهِ ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْ إِتِمَامِ حَقِّهِ .

قوله : وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا ، مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ
[٢٢٣/٢] وَالْفِضَّةِ . إِذَا مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْإِحْيَاءِ ، مَلَكَهَا بِمَا ظَهَرَ فِيهَا مِنَ الْمَعَادِنِ ،
ظَاهِرًا كَانَ أَوْ بَاطِنًا . قَالَ الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعِبَارَةٌ
الْمُصَنِّفِ هُنَا لَا تَنْبَغِي بِذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ اقْتَصَرَ فِي مَوْضِعِ الْجَامِدِ عَلَى لَفْظِ : الْبَاطِنِ .
وَهُوَ عِبَارَةٌ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا قَالَهُ فِي « الْمُغْنَى »
وغيره ، وَفِي الْإِيرَادِ قَرِينَةٌ تَقْتَضِيهِ ، وَهُوَ جَعْلُ الْجَارِي قِسْمًا لِلْبَاطِنِ . وَيَحْتَمِلُ
إِرَادَةَ الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ مِمَّا هُوَ جَامِدٌ لَا يَدْخُلُ فِي الْمِلْكِ . انْتَهَى .

وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ أَوْ كَلَأٌ أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٢٤٧١ - مسألة : (وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ أَوْ كَلَأٌ أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) لِأَنَّهُ فِي مِلْكِهِ . وَيَمْلِكُهُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ مِنْ أَرْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَعَادِنَ الْجَامِدَةَ وَالزَّرْعَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ . وَهِيَ أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ ؛ فِي الْمَاءِ ، وَالْكَلَأِ ، وَالنَّارِ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ ^(١) . وَلِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُمَا بِمِلْكِ الْأَرْضِ ، كَالْكَنْزِ .

قوله : وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ ، أَوْ كَلَأٌ ، أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . إِذَا ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّضْحِيحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . « قَالَ الْحَارِثِيُّ » : وَهَذِهِ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَصَحُّ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » : وَعَنْهُ ، فِي الْمَاءِ وَالْكَلَأِ لَا يَمْلِكُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَأَكْثَرُ النُّصُوصِ تَدُلُّ

(١) تقدم ترجمته في ٧٩/١١ .

(٢-٢) سقط من : ١ .

وَمَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ لَزِمَهُ بِذَلِكَ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ .

٢٤٧٢ - مسألة : وَيَلْزِمُهُ بِذَلِكَ (مَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ)
لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ

على المِلْكِ . وإذا ظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ جَارٍ ، فهو أَحَقُّ بِهِ ، وهل يَمْلِكُ بِذَلِكَ ؟ فيه
الرَّوَايَتَانِ . قال الحارثِيُّ : مَا أَخُوذَتَانِ مِنْ رِوَايَتَيْ مِلْكِ الْمَاءِ ، ولهذا صَحَّحُوا عَدَمَ
الْمِلْكِ هُنَا ؛ لِأَنَّهُمْ صَحَّحُوهُ هُنَاكَ . انتهى . وهذا المذهبُ ، أَغْنَى ، عَدَمَ مِلْكِهِ
بِذَلِكَ ، وَصَحَّحَهُ مَنْ صَحَّحَهُ فِي عَدَمِ الْمِلْكِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .
وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وعنه ، يَمْلِكُ . قال
الحارثِيُّ : وهو الصَّحِيحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قال الحارثِيُّ : وهذا المنصوصُ ، فيكونُ المذهبُ .
وإنْ ظَهَرَ كَلًّا أَوْ شَجَرًا ، فهو أَحَقُّ بِهِ ، وهل يَمْلِكُهُ بِهِ ؟ أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ،
وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ . وهو المذهبُ ، نصُّ عليه في رِوَايَةِ
إِسْحَاقَ ابْنِ إِبْرَاهِيمَ . قال في « الْهِدَايَةِ » : عليه عَامَّةُ أَصْحَابِنَا . قال الحارثِيُّ :
وهذا أَصَحُّ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ^(١) ، قَالَهُ فِي الْبَيْعِ . مِنْ
كِتَابِهِ الْكَبِيرِ ، وَلَمْ يُورِدْ أَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ سِوَاهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الشَّرْحِ » ،
و « التَّصْحِيحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُهُ . قَدَّمَهُ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » .

قوله : وَمَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ ، لَزِمَهُ بِذَلِكَ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ . هذا صحيحٌ ، لَكِنْ بِشَرْطِ
أَنْ لَا تَجِدَ الْبَهَائِمَ مَاءً مُبَاحًا ، وَلَمْ يَتَضَرَّرْ بِذَلِكَ . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ وَاعْتَبِرَ

(١) سقط من : ط .

المنع وهل يُلْزَمُهُ بِذَلِكَ لِزَرْعٍ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير بهِ فَضْلَ الْكَلَاءِ ، مَنَّهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ ^(١) (وهل يُلْزَمُهُ بِذَلِكَ لِزَرْعٍ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، لَا يُلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يُلْزَمُهُ ؛ لِمَا رَوَى إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ ^(٢) . وَعَنْ بُهَيْسَةَ ^(٣) عَنْ أَبِيهَا ، أَنَّهُ قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) .

الإنصاف القاضي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ، وَجَمَاعَةُ اتِّصَالِهِ بِالْمَرْعَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَأَنَّ الْخَطَّابَ ، وَ « الْمُحَرَّرَ » ، وَغَيْرَهُمْ ، عَدَمٌ ^(٥) اشْتِرَاطِ ذَلِكَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَبِذَلِكَ مَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ لُزُومًا مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . قَوْلُهُ : وَهَلْ يُلْزَمُهُ بِذَلِكَ لِزَرْعٍ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ،

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بِلَفْظٍ قَرِيبٍ مِنْهُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٣/٢ ، ٢٢١ . وَالَّذِي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ : « لَا يَمْنَعُ فَضْلَ الْمَاءِ لِمَنْعٍ بِهِ الْكَلَاءُ » وَغَوْهَ ، عِنْدَ الْبُخَارِيِّ ٣١/٩ . وَمُسْلِمٌ ١١٩٨/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ٢٤٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ٢٧٣/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ٨٢٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ٢٤٤/٢ ، ٢٧٢ ، ٣٠٩ ، ٣٦٠ ، ٤٤٠ ، ٤٨٢ ، ٤٩٤ ، ٥٠٠ . (٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٧٩/١١ . (٣) وَهَكَذَا أَنَّ إِبْرَاهِيمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالصَّوَابُ مَا هُنَا . انْظُرْ مَصَادِرَ التَّخْرِيجِ الْمُتَقَدِّمَةَ ، وَتَهْذِيبَ التَّهْذِيبِ ٣٨٩/١ ، ٣٩٠ .

(٤) فِي م : « يَهْنَسَةُ » . (٥) فِي : بَابُ مَا لَا يَجُوزُ مَنَعُهُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٨٨/١ . كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٩/٢ ، ٢٧٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ . (٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم يصل إلى التل ، صار أحقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء . فإذا وصل إلى التل صار أحقَّ بالأخذ منه ، ما دام مُقِيمًا على الأخذ منه . وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل . فإن حفر آخر من ناحية أخرى ، لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العرق ، لم يكن له منعه ، سواء قلنا : إن المعدن يملك بحفره . أو لم نقل ؛ لأنه إن ملكه ، فإنما يملك المكان الذي حفره ، وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل إليه من جهة أخرى ، فله أخذه . ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج التل عن أرضه ، فحفر إنسان [١٦٤/٥] من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ؛ لأنه لم يملكه ، إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلًا في أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة . ولو حفر كافر في دار الحرب معدنًا فوصل إلى التل ، ثم فتحها المسلمون غنوة ، لم يصير غنيمة ، وكان وجود عمله^(١) وعدمه واحدًا ؛ لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض تصير كلها وقفًا للمسلمين ، وهذا يتصرف إلى مصلحة من مصالحهم ، فتعين لها ، كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ؛ إحداهما ، يلزمه . وهو المذهب . قال في « الفروع » : يلزمه على الأصح ، لكن قال الإمام أحمد : إلا أن

(١) في الأصل : « علمه » .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فَعَمِلَ فِيهِ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَمَا حَصَلَهُ مِنْهُ
فهو للمالك ، ولا أَجَرَ للغاصب على عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ
إِذْنِهِ ، فهو كما لو حَصَدَ زَرْعَ غَيْرِهِ . وَإِنْ قَالَ مَالِكُهُ : اَعْمَلْ فِيهِ وَلَكِ مَا
يَخْرُجُ مِنْهُ . فله ذلك ، وليس لصاحب المَعْدِنِ فِيهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ إِباحَةٌ مِنْ
مَالِكِهِ ، فَمَلَكَ مَا أَخَذَهُ ، كما لو أَباحَهُ الْأَخْذَ مِنْ بُسْتَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : اَعْمَلْ
فِيهِ عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ مِنْ نَيْلٍ كَانَ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فَعَمِلَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يَأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا ، كما لو قال : اخْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ
بِنِصْفِهِ - أَوْ - ثُلَاثِهِ . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ الْعَمَلُ فِيهَا

يُؤْذِيهِ بِالْدُخُولِ ، أَوْ لَهُ فِيهِ مَاءُ السَّمَاءِ ، فَيَخَافُ عَطْشًا ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَمْنَعَهُ . وَقَدَّمَ
فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ» . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ ، وَاخْتِيَارُ أَكْثَرِ
الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّيرَازِيُّ ،
وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ، وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : لَيْسَ
لَهُ أَنْ يَمْنَعَ فَضْلَ مَاءٍ يَمْنَعُ بِهِ الْكَلَأُ ؛ لِلْخَبَرِ . قَالَ فِي «الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ وَالْثَّمَانِينَ» :
هَذَا الصَّحِيحُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَلْزَمُهُ . صَحَّحَهُ فِي «التَّصْحِيحِ» ، وَالْقَاضِي
فِي «الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ» ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . وَقَدَّمَ فِي «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ،
وَ «الْفَائِقِ» . وَقَالَ فِي «الرَّوَضَةِ» : يُكْرَهُ مَنَعُهُ فَضْلَ مَائِهِ لِيُسَبِّقَ بِهِ ؛ لِلْخَبَرِ .

فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، حَيْثُ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ بِذَلِكَ . جَازَ لَهُ بَيْعُهُ بِكَيْلٍ ، أَوْ وَزْنٍ
مَعْلُومٍ ، وَيَحْرُمُ بَيْعُهُ مُقَدَّرًا بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، خِلَافًا لِلْمَالِكِ . وَيَحْرُمُ أَيْضًا بَيْعُهُ مُقَدَّرًا
بِالرَّئْيِ ، أَوْ جِزَافًا . قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي «الْفُرُوعِ» . قَالَ

بِغَضِهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ مَجْهُوْلٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةً ، لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلُ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا جَعَالَةً ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ عَلَى أَنْ يُرَدَّ رَأْسُ الْمَالِ وَيَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هَهُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ الزَّرْعِ بِنُصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، وَمَا عِلِمَ جَمِيعُهُ عِلِمَ جُزْؤِهِ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ كَذَا وَلَكَ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِنِي أَلْفًا - أَوْ - شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ^(١) ، كَالْمُضَارَبَةِ ؛ لِهَا ذِكْرُنَا ؛ وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ لَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدِنًا مِنْ قَوْمٍ عَلَى أَنْ يَعْمُرَهُ يَعْمَلُ فِيهِ وَيُعْطِيهِمُ أَلْفِي [١٦٥/٥] مِنْ ^(٢) أَوْ أَلْفَ مَنْ صُفْرًا ، فَذَلِكَ مَكْرُوءٌ . وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

الْقَاضِي : وَإِنْ بَاعَ أَصْعًا مَعْلُومَةً مِنْ سَائِحٍ ، جَازَ ، كَبَاءِ عَيْنٍ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ الْمَاءِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِاخْتِلَافِهِ بغيره . الثَّانِيَةُ ، إِذَا حَفَرَ بَقْرًا بِمَوَاتٍ لِلْسَّائِلَةِ ، فَالِنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِي مَائِهَا ، وَالْحَافِرُ كَأَحَدِهِمْ فِي السَّقْيِ ، وَالزَّرْعُ ، وَالشَّرْبُ . قَالَه الْأَصْحَابُ [٢٢٤/٢] . وَمَعَ الضِّيقِ يُقَدَّمُ الْأَدْمِيُّ ، ثُمَّ الْحَيَوَانُ . قَالَه الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . زَادَ فِي « الْفَاتِقِ » ، ثُمَّ الزَّرْعُ ، وَهُوَ مُرَادُ غَيْرِهِ .

(١) فِي الْمَغْنَى ١٥٩/٨ : « مُعَامَلَةٌ » .

(٢) التَّنْ : كَيْلٌ أَوْ مِيزَانٌ .

فصل : إذا استأجر رجلاً ليخفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار ، صبح ؛ لأنها إجارة معلومة . وإن ظهر عرق ذهب ، فقال : استأجرتك لتخرجه بدينار . لم يصب ؛ لأن العمل مجهول . وإن قال : إن استخرجته فلك دينار . صبح ، ويكون جمالة ؛ لأن الجمالة تصبح على عمل مجهول ، إذا كان العوض معلوماً .

وقال في « التلخيص » : ومع الصبي للحيوان ، ومع الصبي للآدمي . والظاهر أن النسخة مغلوبة . الثالثة ، لو حفرها ارتفاقاً ؛ كحفر السفارة في بعض المنازل ، وكالأغراب^(١) . والتركان يتجمعون أرضاً فيحتفرون لشربهم ، وشرب دوابهم ، فاليفر ملك لهم . ذكره أبو الخطاب . وقدمه الحارثي ، وقال : هو أصح . وهو الصواب . وقال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : لا يملكونها . وهو المذهب . قال في « الفروع » : فهم أحق بمائها ما أقاموا . وفي « الأحكام السلطانية » : وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط . وتبعه في « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الترغيب » ، و « الرعاة » ، وغيرهم . وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين ، فإن عاد المرتفقون إليها ، فهل يختصون بها ، أم هم كغيرهم ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في « التلخيص » ، والحارثي في « شرحه » ، و « الفروع » ؛ أحدهما ، هم كغيرهم . اختاره القاضي في « الأحكام السلطانية » . والوجه الثاني ، هم أحق بها من غيرهم . اختاره أبو الخطاب في بعض تعاليقه . قال السامري : رأيت بخط أبي الخطاب ، على هامش نسخة من « الأحكام السلطانية » ، قال : محفوظ ، يعني نفسه : الصحيح ، أنهم إذا عادوا

(١) سقط من الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وما نَصَبَ عنه الماء من الجزائر ، لم يُملَكْ بالإحياء . قال أحمدٌ ، في رواية العباس بن موسى ^(١) : إذا نَصَبَ الماء عن جزيرة إلى قناة رجله ، لم يَبْنِ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أنَّ الماءَ يَرْجِعُ . يَعْنِي أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى ذلك المَكَانِ ، فإذا وَجَدَهُ مَبْنِيًّا ، رَجَعَ إلى الجَانِبِ الآخرِ ، فَأَصْرُ بِأَهْلِهِ . ولأنَّ الجزائرَ مَنِيئُ الكَلأِ والحَطَبِ ، فَجَرَى مَجْرَى المَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وقد قال النبي ﷺ : « لَا جِمَى فِي (٢) الْأَرَاكِ » . قال أحمدٌ ، في رواية حَرْبٍ : يُرْوَى عن عُمَرَ أَنَّهُ أَبَاحَ الجزائرَ . يَعْنِي أَبَاحَ مَا يَنْبُتُ فِي الجزائرِ مِنَ النَّبَاتِ ، وقال : إذا نَصَبَ الفَرَاتُ عن شَيْءٍ ، ثُمَّ نَبَتَ فِيهِ نَبَاتٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ يَمْنَعُ النَّاسَ مِنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ غَلَبَ الماءُ عَلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ ، ثُمَّ عَادَ فَتَصَبَّ عَنْهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَلَا يُزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْبَةِ الماءِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مَا نَصَبَ عَنْهُ الماءُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدٌ ، فَعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمَارَةً لَا تَرُدُّ الماءَ ، مِثْلُ أَنْ يَجْعَلَهُ مَزْرَعَةً ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَجِّرٌ لِمَا لَيْسَ لِمُسْلِمٍ فِيهِ حَقٌّ ، فَأَشْبَهَ التَّحَجُّرَ فِي الْمَوَاتِ .

كَانُوا أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمْ بِالْإِحْيَاءِ ، وَعَادَتْهُمْ أَنْ يَرْحَلُوا فِي كُلِّ سَنَةٍ ، ثُمَّ يُعَوِّدُونَ ، فَلَا يُزُولُ مِلْكُهُمْ عَنْهَا بِالرَّحِيلِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَدَّمَهُ

(١) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحيس وبعده . طبقات الحنابلة ٢٣٩/١ .

(٢) ق م : « لَا فِي » .

(٣) أخرجه أبو داود ، ق : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٦/٢ . والدارمى ، ق : باب فى الحصى ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٩/٢ .

فصل : وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرَى لَهَا مَاءٌ .

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرَى لَهَا مَاءٌ) ظاهرُ كلامِهِ هُنَا ، أَنَّ تَحْوِيطَ الْأَرْضِ إِحْيَاءُ لَهَا ، سِوَاهُ أَرَادَهَا لِلْبِنَاءِ أَوْ لِلزَّرْعِ ، أَوْ حَظِيرَةِ اللَّغْنَمِ ، أَوِ الْخَشَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ .

فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» ، وَ«الْفَائِقِ» . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ«الْحَاوِي الصُّغِيرِ» : فَهُوَ أَوَّلَى بِهَا فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . الرَّابِعَةُ : لَوْ حَفَرَ تَمَلُّكًا ، أَوْ بِمِلْكِهِ الْحَيِّ ، فَتَنَفَسَ الْبَحْرُ مِلْكًا لَهُ . جَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : مَلَكُهَا فِي الْأَقْيَسِ . قَالَ فِي «الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ» : إِنْ اخْتِاجَتْ طَبْعًا ، مَلَكُهَا بَعْدَهُ . وَتَبِعَهُ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَقَالَ هُوَ وَصَاحِبُ «التَّلْخِصِ» : وَإِنْ حَفَرَهَا لِنَفْسِهِ تَمَلُّكًا^(١) ، فَمَا لَمْ يَخْرُجِ الْمَاءُ ، فَهُوَ كَالشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، وَإِنْ خَرَجَ الْمَاءُ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتِاجَ إِلَى طَبْعٍ ، فَمَتَامُ الْإِحْيَاءِ بِطَبْعِهَا . انْتَبِهَ . وَتَقَدَّمَ ، هَلْ يَمْلِكُ الَّذِي يَظْهَرُ فِيهَا ، أَمْ لَا ؟

قَوْلُهُ : وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ ، أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرَى لَهَا مَاءٌ ، أَوْ يَحْفَرَ فِيهَا بِمِرًا . مُرَادُهُ بِالْحَائِطِ ، أَنْ يَكُونَ مَنِيْعًا ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ سِوَاهُ أَرَادَهَا لِلْبِنَاءِ ، أَوْ لِلزَّرْعِ ، أَوْ حَظِيرَةِ اللَّغْنَمِ وَالْخَشَبِ ، وَنَحْوِهَا . وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ . قَالَهُ الزُّرْكَاشِيُّ ، وَصَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرُهُمْ ، وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ،

(١) فِي ١ : «تَمَلُّكًا» .

الْخَرَقِيُّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ ، قَالَ : الْإِحْيَاءُ :
 أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا ، أَوْ يَحْفَرَ فِيهَا بَيْتًا أَوْ نَهْرًا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ
 تَسْقِيفٌ ، وَذَلِكَ لِمَا رَوَى الْحَسَنُ عَنْ سَمُرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ :
 « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ
 فِي « مُسْنَدِهِ » ^(١) . وَرَوَى عَنْ [١٦٥/٥] جَابِرٌ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ ^(٢) .
 وَلِأَنَّ الْحَائِطَ حَاجِزٌ مَنِيعٌ ، فَكَانَ إِحْيَاءً ، أَشْبَهَ مَا لَوْ جَعَلَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ .
 وَيُبَيِّنُ هَذَا أَنَّ الْقَصْدَ لَا اعْتِبَارَ بِهِ ، بِذَلِيلٍ مَا لَوْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ ^(٣) ،
 فَبِنَاهَا بِجِصٍّ وَآجِرٍ وَقَسَمَهَا بَيُوتًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا . وَهَذَا لَا يُصْنَعُ لِلْعَنَمِ
 مِثْلُهُ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ مَنِيعًا يَمْنَعُ مَا وَرَاءَهُ ، وَيَكُونُ مِمَّا جَرَتْ
 الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ . وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا ^(٤) جَرَتْ عَادَتُهُمْ

وغيرهم . وقيل : إحياء الأرض ، ماعدٌ إحياءٌ ، وهو عمارتها بما تنهياُ به لما يرادُ
 منها من زرع أو بناء ، أو إجراء ماء . وهو رواية عن أحمد . اختاره القاضي ، وابنُ
 عقيل ، والشيرازي في « المبتهج » ، وابنُ الزاغوني ، والمُصنّف في « العمدة » ،
 وغيرهم . وعلى هذا قالوا : يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ غَرَضِ الْمُحْيِي ؛ مِنْ مَسْكَنِ ،
 وَحَظِيرَةٍ ، وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ كَانَ مَسْكَنًا ، اعْتَبِرَ بِنَاءُ حَائِطٍ بِمَا هُوَ مُعْتَادُ أَنْ يَسْقِفَهُ .
 قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، لَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَزْرَعَهَا وَيَسْقِفَهَا ، وَلَا أَنْ يُفْصِّلَهَا

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٣ .

(٣) بعده في النسخ : « كما لو جعلها حظيرة للعنم » . وانظر للمغني ١٧٧/٨ .

(٤) في : م : « ممن » .

بالبناء بالحجر وحده ، كأهل خورآن ، أو بالطين ، كأهل القوطية
بدمشق ، أو بالخشب أو القصب ، كأهل الغور ، كان ذلك إحياء .
وإن بناه بأقوى مما جرت به عادتهم ، كان أولى . وقال القاضي : في
صفة الإحياء روايتان ؛ إحداهما ، ما ذكرنا . والثانية ، الإحياء ما تعارفه
الناس إحياء ؛ لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ، ولم يبيته ، ولا ذكر
كيفية ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف ، كما أنه لما ورد
باعتبار القبض والجزز ولم يبين كيفية ، كان المرجع فيه إلى العرف ،
ولأن الشارع لو علّق الحكم على مُسمًى باسم ، لتعلّق بمُسمّاه عند أهل
اللسان ، فكذلك^(١) يتعلّق الحكم بالمُسمًى إحياء عند أهل العرف ،

تفصيل الزرع ، ويحوطها من الثراب بحاجز ، ولا أن يُقسّم البيوت إن كانت
للسكنى ، في أصح الروايتين وأشهرهما . والأخرى ، يُشترط جميع ذلك . ذكرها
القاضي في « الخصال » . انتهى . وذكر القاضي رواية بعدم اشتراط التسقيف ،
وقطع به في « الأحكام السلطانية » . قال الحارثي : وهو الصحيح . قال في
« المعنى » ، و « الشرح » . لا يُعتبر في إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب
على البيوت . وقيل : ما يتكرّر كل عام ؛ كالسقي ، والحرق ، فليس بإحياء ،
ومالا يتكرّر ، فهو إحياء . قال الحارثي : ولم يُورد في « المعنى » بخلافه .

تنبيه : قوله : أو يُجرى لها ماء . يعني إحياء الأرض ، أن يُجرى لها ماء ، إن
كانت لا تُزرع إلا بالماء . ويحصل الإحياء أيضًا بالغراس ويملكها به . قال في
« الفروع » : ويملكه بغرس وإجراء ماء . نص عليها^(٢) .

(١) في م : ولذلك .

(٢) في أ : عليهما .

وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يُعَلِّقُ الْحُكْمَ عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْمَعْرِفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْيِي دَارَ الْمُسْكِنِ ، وَحَظِيرَةَ ، وَمَزْرَعَةً ، فَأَحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِمَا تَهَيَّأُ بِهِ لِلانْتِفَاعِ الَّذِي أُرِيدَتْ لَهُ . فَأَمَّا الدَّارُ ، فَبِأَنْ يُبْنَى حِيطَانُهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيُسَقَّفُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْمُسْكِنِ إِلَّا بِذَلِكَ . وَالْحَظِيرَةُ إِحْيَاؤُهَا بِمَخَاطِرِ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ لِمِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرَ بِهِ ، وَسَوَاءٌ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوِ اللَّخْشَبِ ، أَوِ اللَّحْطَبِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . فَإِنْ جَعَلَ عَلَيْهَا حَنْدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَخَاطِرٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ حَفْرٌ وَتَخْرِيبٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ حَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشَبِهِهِ ، لَا يَكُونُ إِحْيَاءً ، وَيَكُونُ تَحْجَرًا ، لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ مَنْزِلًا [١٦٦/٥] وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَوْ نَزَلَ مَنْزِلًا فَتَصَبَّ فِيهِ بَيْتٌ شَعَرٍ أَوْ خِيَمَةٌ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنْ يُهَيَّأَ لِإِمْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تُزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنْ يُسَوَّقَ إِلَيْهَا مَاءٌ مِنْ نَهْرٍ أَوْ يَمٍّ ، وَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنْ زَرْعِهَا كَثْرَةُ الْأَحْجَارِ ، كَأَرْضٍ

فائدة : فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنْهَا ، كَأَرْضِ الْبَطَاحِ ، وَنَحْوِهَا ، فَأَحْيَاؤُهَا بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا ، وَجَعْلِهَا بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعُهَا . وَهَذَا مُسْتَشْتَقٌّ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، مِمَّنْ لَمْ يَسْتَنْتِهِ . وَلَا يَخْصُلُ الْإِحْيَاءُ بِمُجَرَّدِ الْحَرْثِ ، وَالزَّرْعِ . قِيلَ لِأَحْمَدَ : فَإِنْ كَرَّبَ حَوْلَهَا ؟ قَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ حَتَّى يُحِيطَ .

اللُّجَاة^(١) ، فَأَحْيَاوْهَا بِقَلْعِ أَخْجَارِهَا وَتَنْفِيتِهَا حَتَّى تَصْلُحَ لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى^(٢) ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَشْجَارُهَا ، وَيُزِيلَ غُرُوقُهَا الْمَانِعَةَ مِنَ الزَّرْعِ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِخَبْسِ الْمَاءِ عَنْهُ ، كَأَرْضِ الْبَطَايِحِ ، فَأَحْيَاوْهَا بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا وَجَعْلِهَا بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يُمَكِّنُ الِانْتِفَاعُ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا لَهُ ، مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ إِحْيَاءُ ، كَسَوْقِ الْمَاءِ إِلَى أَرْضٍ لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْثُهَا ، وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الِانْتِفَاعُ بِهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي إِحْيَاءِ ، كَسَقْفِهَا ، وَكَالسُّكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، وَلَا يَخْصُلُ الإِحْيَاءُ بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ بِمُجَرَّدِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنَّ حَرْثُهَا وَزَرْعُهَا إِحْيَاءُ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا لَا يَتِمُّ بِذَوْنِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، أَشْبَهَ السَّقْفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِذَوْنِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشْبَهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضَافِهَا .

(١) فِي م : هـ الْحِجَازُ .

وَاللُّجَاةُ : اسْمٌ لِلخَرَّةِ السَّوْدَاءِ الَّتِي بِأَرْضِ صَلَاحْدٍ مِنْ نَوَاحِي الشَّامِ ، فِيهَا قُرَى وَمَزَارِعٌ وَعِمَارَةٌ وَاسِعَةٌ .
مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٣٥٠/٤ .

(٢) الشَّعْرَى : جَبَلٌ عِنْدَ حَرَّةِ بَنِي سَلِيمَ .

وَأِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا .

٢٤٧٣ - مسألة : (وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ) البئرُ العَادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ . وَلَمْ يُرْذَ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ لَمَّا كَانَتْ عَادٌ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ . فَكُلُّ مَنْ سَبَقَ إِلَى بَيْعْرِ عَادِيَّةٍ كَانَ أَحَقَّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ »^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِيكِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسَةٌ [١٦٦/٥ ط] وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصُّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ

قوله : وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا ، خَمْسِينَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا [٢٢٤/٢ ط] . يَعْنِي ، مِنْ كُلِّ جَانِبٍ فِيهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِيهَا . نَصُّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : اخْتَارَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : هَذَا الْمَشْهُورُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : نَصُّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِمَا » ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَالشَّيْخَانُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . قَالَ نَازِلُهُمَا :

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

القاضي ، وأبو الخطّاب : ليس هذا على طريق التّحديد ، بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج إليه في ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقدّر مدار^(١) الثور أو غيره ، وإن كان بساقية ، فبقدر طول البئر ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « حريم البئر مد^(٢) رشاها » . أخرجه ابن ماجه^(٣) . ولأنه المكان الذي تمشي إليه البهيمة . وإن كان يستقى منها يده ، فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها . وإن كان المستخرج عينا ،

بحفر بئر في موات يملك حريمها معها بذرع يُسلك
فخمسة تملك والعشرون وإن تكن عادة خمسون

وعنه ، التوقف في التقدير . نقله حرب . قاله القاضي ، وأبو الخطّاب ، ومن تبعهم . قال الحارثي : وهو غلط . قال : ولو تأملوا النص بكماله من مسائل حرب ، والخلال ، لما قالوا ذلك . وعند القاضي ، حريمها^(٤) قدر مد رشاها من كل جانب . واختاره ابن عقيل في « التذكرة » ، وذكر أنه الصحيح . قال في « التلخيص » : اختاره القاضي^(٥) ، وجماعة . قال الحارثي : وأخشى أن يكون كلام القاضي هنا ما حكيناه في « المجرد » الآتي الموافق لاختيار أبي الخطّاب . وقيل : قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها . واختاره القاضي في « المجرد » ، وأبو

(١) في م : مد .

(٢) في الأصل : قدر .

(٣) في : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣١/٢ .

(٤) سقط من : ط .

(٥) سقط من : الأصل .

فحريمها القدر الذي يحتاج إليه ضابطها للانتفاع بها^(١) ، ولا يستتضر^٢ الشرح الكبير
بأخذه منه ، ولو كان ألف ذراع . وحريم النهر من جانبيه ما يحتاج إليه
لطرَح كراتيه^(٣) بحكم العرف ؛ وذلك أن هذا إنما ثبت للحاجة ،
فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها . وقال أبو حنيفة : حريم البئر
أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراعاً ؛ لأن أبا هريرة روى أن
النبي ﷺ قال : « حريم البئر أربعون ذراعاً لأعطان الإبل والعنبر » .
وعن الشعبي مثله . رواه أبو عبيد^(٤) . ولنا ، ما روى الدارقطني^(٥)

الخطاب في « الهداية » . قال المصنف في « المغني » ، و « الكافي » ،
والشرايح : وقال القاضي ، وأبو الخطاب : ليس هذا الذرع المذكور على سبيل
التحديد ، بل حريمها ، على الحقيقة ، ما يحتاج إليه من ترقية ماؤها منها ؛ فإن
كان بدولاب ، فقدّر مدار الثور أو غيره ، وإن كان بسانية ، فقدّر طول البئر ،
وإن كان يستقى منها بيده ، فيقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها . وهو رواية عن
أحمد . وقيل : إن كان قدر الحاجة أكثر ، فهو حريمها ، وإن كان التحديد المذكور
أكثر ، فهو حريمها . ذكره القاضي في « الأحكام السلطانية » . واختاره القاضي
أبو الحسين ، وأبو الحسن ابن بكروم . وعند أبي محمد الجوزي ، إن حفرها

(١) سقط من : م .

(٢) الكراية : ما يخرج من حفر النهر .

(٣) في : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، الأموال ٢٩١ . عن أبي هريرة والشعبي .

كما أخرجه الإمام أحمد عن أبي هريرة ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٤) في : كتاب الأقضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ . وقال : الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ،
ومن أسنده فقد وهم .

والخلال بإسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال : « حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ »^(١) خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا . وهذا نص . وروى أبو عبيد^(٢) بإسناده ، عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال : السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ الْقَلِيبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وبإسناده^(٣) عن سعيد بن المسيب ، قال : حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بَيْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةٍ ذِرَاعٍ مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا

الإنصاف في مواتٍ ، فحريمها خمسة وعشرون ذراعًا من كل جانب ، وإن كانت كبيرة ، فخمسون ذراعًا .

فائدة : البئر العادية ، بتشديد الياء ؛ وهي القديمة . نقله ابن منصور ، منسوبة إلى عاد ، ولم يرد عاذا بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول ، وكانت لها آبار في الأرض ، نسب إليها كل قديم . وعند الشيخ تقي الدين ، العادية ؛ هي التي أعيدت . ونقل حرب وغيره ، العادية ؛ هي التي لم تزل ، وأنه ليس لأحد دُخُولُهُ ؛ لأنه قد ملكه .

فوائد : منها ، حريم العين خمسمائة ذراع . نص عليه من رواية غير واحد . وقاله القاضي في « الأحكام السلطانية » ، وابنه أبو الحسين ، وابن بكروس ، وصاحب « التلخيص » ، وغيرهم . قاله الحارثي . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الفروع » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وقيل : قدر

(١) البدْي : المبتدأ حفره ، أي المحدث .

(٢) في : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... الأموال ٢٩٢ .

من نواحيها كلها . ولأنه معنى يملك به الموات ، فلا يقف على قدر الحاجة ، كالحائط ، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء ، فإنه يحتاج إلى ما حوله عطنا لإياله ، وموقفا لدوابه وغنمه ، وموضعا يجعل فيه أخواضا يسمى منها ماشيته ، وموقفا لدابته [١٦٧/٥] التي يستقى عليها ، وأشباو ذلك ، فلم يختص الحريم بما يحتاج إليه في ترقية الماء . فأما حديث أبى حنيفة فحديثنا أصح منه ، وراويهما^(١) أبو هريرة ، فدل على ضعفه .

الحاجة ، ولو كان ألف ذراع . اختاره القاضى فى « المجرد » ، وأبو الخطاب ، والمصنف فى « الكافى » ، وغيرهم . قال فى « الفروع » : اختاره جماعة . ومنها ، حريم النهر من جانبيه ، ما يحتاج إليه لطرح كبريته ، وطريق شايوة ، وما يستتضر صاحبه بتملكه عليه ، وإن كثر^(٢) . قال فى « الرعاية » : وإن كان بجنبه مسنة لغيره ، ارتفق فى ذلك ضرورة ، وله عمل أحجار طحن على النهر ، ونحوه ، وموضع غرس ، وزرع ، ونحوهما . انتهى . وقال فى « الرعاية الصغرى » : ومن حفر عينا ، ملك حريمها خمسمائة ذراع . وقيل : بل قدر الحاجة . قلت : وكذا النهر . وقيل : بل ما يحتاجه لتنظيفه . انتهى . ومنها ، حريم القناة ، والمذهب أنه كحريم العين خمسمائة ذراع . قاله الحارثى ، وقال : واعتبره القاضى فى « الأحكام السلطانية » بحريم النهر . ومنها ، حريم الشجر قدر مد أغصانها . قاله المصنف وغيره . ومنها ، حريم الأرض التى للزرع ، ما

(١) م : رواها .

(٢) فى الأصل : كان .

يحتاجه في سقيها ، وربط دوابها ، وطرح سببخها ، وغير ذلك . وحريم الدار من موات حولها ، مطرح التراب ، والكناسة والثلج ، وماء اليزاب ، والممر إلى الباب . ولا حريم لدار مخفوفة بملك الغير . ويتصرف كل واحد في ملكه ، ويتنفع به ، على ما جرت العادة عرفاً ، فإن تعدى ، منع .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال في « المغنى »^(١) ، ومن تابعه : إن سبق إلى شجر مباح ؛ كالزيتون ، والخروب ، فسقاه وأصلحه ، فهو أحق به ، كالمُتَحَجِّرِ الشارع في الإحياء ، فإن طعمه ، ملكه ، وحريمه تهيوه لما يراؤ منه . الثانية ، لو أذن لغيره في عمله في مغدنه ، والخارج له ، بغير عوض ، صح ؛ لقول أحمد : بعه بكذا ، فما زاد فلك . وقال المجذ : فيه نظر ؛ لكونه هبة مجهول . ولو قال : على أن يعطيهم ألفاً مما لقي ، أو مناصفة ، والبقية له . فنقل حرب ، أنه لم يخصص فيه . ولو قال : على أن ما رزق الله بيننا . فوجهان . وأطلقهما في « الفروع » ، و « المغنى » ، و « الشرح » ؛ أحدهما ، يصح^(٢) . قدمه ابن رزين . [٢٢٥/٢] في « شرحه » . قال الحارثي : أظهرهما الصحة . قال القاضي : هو قياس المذهب . ولم يورد سواه ، وذكر فيه نص أحمد ، إذا قال : صُف لي هذا الزرع ، على أن لك ثلثه ، أو ربعه . أنه يصح . انتهى . والوجه الثاني ، لا يصح^(٣) .

(١) المغنى ٨/١٨١ .

(٢) في ١ : لا يصح .

(٣) سقط من : الأصل .

وَعِنْدَ الْقَاضِي ، حَرِيمُهَا قَدْرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ .
 وَقِيلَ : يَقْدَرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا .
 وَقِيلَ : إِخْيَاءُ الْأَرْضِ مَاعِدُ إِخْيَاءٍ ، وَهُوَ عِمَارَتُهَا بِمَا تَنْتَهِي
 بِهِ لِمَا يُرَادُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ
 عَامٍ ؛ كَالسَّقْيِ ، وَالْحَرْثِ ، فَلَيْسَ بِإِخْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ
 فَهُوَ إِخْيَاءٌ .

٢٤٧٤ - مسألة : (وَقِيلَ : حَرِيمُهَا قَدْرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ
 جَانِبٍ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ . إِذَا ثَبِتَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ فِي هَذَا
 الْكِتَابِ ، وَظَاهِرَ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ يَمْلِكُ حَرِيمَ الْبَيْرِ . وَنُقِلَ عَنِ
 الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ .

٢٤٧٥ - مسألة : (وَقِيلَ : إِخْيَاءُ الْأَرْضِ مَا عُدَّ إِخْيَاءً ، وَهُوَ
 عِمَارَتُهَا بِمَا تَنْتَهِي بِهِ لِمَا يُرَادُ مِنْهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ (وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ
 كُلَّ عَامٍ ؛ كَالسَّقْيِ ، وَالْحَرْثِ ، فَلَيْسَ بِإِخْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فَهُوَ
 إِخْيَاءٌ) لِأَنَّ الْعُرْفَ أَنَّ حَرْثَ الْأَرْضِ مَرَّةً لَيْسَ بِإِخْيَاءٍ ، وَأَنَّ عَمَلَ الْحَائِطِ
 عَلَيْهَا وَنَحْوَهُ إِخْيَاءٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهٌ فِي أَنَّ الزَّرْعَ وَالْحَرْثَ إِخْيَاءٌ . وَقَدْ
 ذَكَرْنَاهُ . فَإِنَّ كَانَتْ كَثِيرَةُ الدَّغْلِ ^(١) وَالْحَشِيشِ ، كَالْمَرْوَجِ الَّتِي لَا
 يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِتَكَرُّرِ حَرْثِهَا وَتَنْقِيَةِ دَغْلِهَا وَحَشِيشِهَا الْمَانِعِ مِنْ زَرْعِهَا ،
 كَانَ إِخْيَاءً عَلَى قِيَاسٍ مَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا .

الإنصاف

(١) الدغل : اشباك النبات وكثرته .

فصل : ولا بد أن يكون البئر فيها ماء ، فإن لم تصل إلى الماء ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء ، على ما نذكره . وقوله : وَمَنْ حَفَرَ بَيْراً عَادِيَةً . يُحْمَلُ عَلَى الْبَيْرِ الَّتِي انْطَمَتْ وَذَهَبَ مَآوُهَا ، فَجَدَّدَ حَفَرَهَا وَعِمَارَتَهَا ، أَوْ انْقَطَعَ مَآوُهَا ، فَاسْتَخْرَجَهُ ، لِيَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَهَا . فَأَمَّا الْبَيْرُ الَّتِي لَهَا مَاءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ اخْتِجَارُهُ وَمَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ الَّتِي يَرْتَفِقُ بِهَا النَّاسُ ، وَهَكَذَا الْعُيُونُ النَّابِغَةُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا . وَلَوْ حَفَرَ رَجُلٌ بَيْراً لِلْمُسْلِمِينَ يَنْتَفِعُونَ بِهَا ، أَوْ يَنْتَفِعُ بِهَا مُدَّةَ إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا ثُمَّ يَتْرُكُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَكَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا كَانَتْ لِلْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا دَامَ مُقِيمًا عِنْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وإذا كان لإنسان شجرة في موات ، فله حريمها قدر ما تمتد إليه أغصانها حوائليها ، وفي النخلة مد جريدها ؛ لِمَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ قَالَ : اخْتَصِمَ إِلَى [١٦٧/٥ ط] النَّبِيِّ ﷺ فِي حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا فَذَرَعَتْ ، فَكَانَتْ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ أَوْ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ، فَقَضَى بِذَلِكَ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . وَإِنْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي مَوَاتٍ ، فَهِيَ لَهُ وَحَرِيمُهَا ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ؛ كَالزَّيْتُونِ ، وَالْخُرُوبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ لَهُ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعَمَهُ^(٢) مَلَكَهُ

(١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ .

(٢) في الأصل : ركه .

بذلك وحريمه ؛ لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراؤ منه ، فهو كسوق الماء^(١) إلى الأرض الموات ، ولقول رسول الله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٢) .

فصل : ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى ، فليس له ذلك ، سواء كان مُحْتَفرُ الثانية في ملكه ؛ مثل رجلين متجاورين في دارين ، حفر أحدهما في داره بئراً ، ثم حفر^(٣) الآخر بئراً أعمق منها ، فسرى إليها ماء الأولى ، أو كانتا في موات ، فسبق أحدهما فحفر بئراً ، ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً تَجْتَذِبُ ماء الأولى . ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية ؛ لأنه ليس له أن يَتَدَيَّ ملكه على وجه يَضُرُّ بالملك قبله . وقال في الأولى : له ذلك ؛ لأنه تَصَرَّفَ مُباح في ملكه ، فجاز له فعله ، كتعليقه داره . وهكذا الخلاف في كل ما يُحْدِثُهُ الجار مما يَضُرُّ بجاره ، مثل أن يجعل داره مَدْبَغَةً أو حَمَّامًا يَضُرُّ بعقار جاره يَحْمِي ناره ورماده ودُخَانَهُ ، أو يَحْفِرَ في أَصْلِ حَائِطِهِ حُشًّا^(٤) يَتَأَذَّى جاره برائحته وغيرها ، أو يجعل داره مَخْبِزًا في وَسْطِ العَطَارِين ، ونحوه مما يُؤْذِي جاره . وقال الشافعي : له ذلك كله . وروى ذلك عن أحمد . وهو قول بعض الحنفية ؛ لأنه تَصَرَّفَ مُباح في ملكه ، أشبه بِنَاءِهِ ونَقْضِهِ . ولنا ،

(١) في م : المال .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

(٣) سقط من : م .

(٤) الحش : بيت الحلاء .

وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا [١٤٨] لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَوَارِثُهُ
بَعْدَهُ ، وَمَنْ يَنْقُلْهُ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ لَهُ يَبْعُهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ .

قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١) . وَلأنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ
بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَالَّذِي يَهْزُ الْجَيْطَانُ وَيُخَرِّبُهَا ، وَكَالِقَاءِ السَّمَادِ
وَالْتُرَابِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهُ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعٌ ، فَأَرَادَ
جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ مِمَّا تَسْرَى [١٦٨/٥] غُرُوقُهُ فَتَشَقُّ حَائِطُ مَصْنَعِ
جَارِهِ وَتُتْلِفُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَارِهِ مَنَعُهُ ، وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا .
وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي حَصَلَ مِنَ الضَّرَرِ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَذْبَعَةٌ
أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَخْبَا بِإِنْسَانٍ إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، فَتَضَرَّرَ بِذَلِكَ ،
لَمْ يَلْزَمْهُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا .

٢٤٧٦ - مسألة : (وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ،
وَوَارِثُهُ مِنْ بَعْدِهِ ، وَمَنْ يَنْقُلْهُ إِلَيْهِ . وَلَيْسَ لَهُ يَبْعُهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ) تَحَجُّرُ
الْمَوَاتِ الشَّرُوعُ فِي إِحْيَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُدِيرَ حَوْلَ الْأَرْضِ تُرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ،
أَوْ يُحِيطَ بِهَا بِجِدَارٍ صَغِيرٍ ، لَمْ يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ
هَذَا إِحْيَاءً ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
« مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . رَوَاهُ أَبُو

قوله : وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ ، عَدَمُ الْاسْتِقْلَالِ . انْتَهَى . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

الشرح الكبير

داود^(١) . فَإِنْ مَاتَ ، فَوَارِثُهُ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ »^(٢) . فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى غَيْرِهِ ، صَارَ الثَّانِي أَحَقَّ بِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ أَقَامَهُ مُقَامَهُ . وَلَيْسَ لَهُ يَبْعُهُ . فَإِنْ بَاعَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ يَبْعُهُ ، كَحَقِّ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهِ ، وَكَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مُبَاحٍ قَبْلَ أَخْذِهِ . وَقِيلَ : لَهُ يَبْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ .

الإنصاف

قال الحارثيُّ : وعن أحمد رواية بإفادته^(٣) المِلْكُ . وهو الصَّحِيحُ . انتهى .

قوله^(٤) : وهو أَحَقُّ بِهِ ، ووارثه بعده وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ . بلا نزاع .

وقوله : وليس له يَبْعُهُ . هو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الحارثيِّ » ، و « ابنِ مُتَّحَى » ، و « الفُرُوع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وقيل : يجوز له يَبْعُهُ . وهو احتِمَالٌ لِأَبْيِ الْخَطَّابِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » .

تنبيه : قال الحارثيُّ عن الْقَوْلِ الَّذِي حَكَاهُ الْمُصَنِّفُ : قد يُرَادُ بِهِ إِفَادَةُ التَّحَجُّرِ لِلْمِلْكِ ، وقد يُرَادُ بِهِ الْجَوَازُ مَعَ عَدَمِ الْمِلْكِ ، وهو ظاهرُ إيرادِ الْكِتَابِ ، وإيرادِ أَبِي الْخَطَّابِ ، في كِتَابِهِ . قال : والتَّجْوِيزُ مَعَ عَدَمِ الْمِلْكِ مُشْكِلٌ جِدًّا . وهو كما قال .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٨٨/٦ .

(٣) في ١ : « أَنَّهُ مَا أَفَادَهُ » .

(٤) سقط من : ط .

فَإِنْ لَمْ يَتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ .

٢٤٧٧ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تَتْرُكَهُ) إِذَا طَالَتِ الْمُدَّةُ بَعْدَ التَّحْجِيرِ ، وَلَمْ يُحْيِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ ^(١) السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ لِیُحْيِيَهُ غَيْرُكَ ؛ لِأَنَّهُ ضَيِّقٌ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ ضَيِّقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا يَدْعُ غَيْرَهُ .

فائدة : تَحْجِيرُ الْمَوَاتِ ؛ هُوَ الشُّرُوعُ فِي إِحْيَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُدِيرَ حَوْلَ الْأَرْضِ تَرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ، أَوْ يُحِيطَ بِهَا بِجِدَارٍ صَغِيرٍ ، أَوْ يَخْفَرُ بِقَرَا لَمْ يَصِلْ إِلَى مَائِهَا . نَقْلَهُ حَرْبٌ ، وَقَالَ الْأَصْحَابُ . أَوْ يَسْقَى شَجَرًا مُبَاخًا ، وَيُضْلِلُهُ ، وَلَمْ يَرْكَبْهُ ، فَإِنْ رَكَبَهُ ، مَلَكَهُ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَمَلَكَ حَرِيمَهُ ، وَكَذَا لَوْ أَقْطَعَ ^(٢) مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَتِمَّ إِحْيَاؤُهُ . يَعْنِي ^(٣) ، وَطَالَتِ الْمُدَّةُ ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَغَيْرُهُمْ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ . فَإِنْ طَلَبَ الْإِمْنَهَالُ ، أَمْهَلَ الشَّهْرَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ . وَهَكَذَا قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » : وَيُؤَمَّلُ شَهْرَيْنِ . وَقِيلَ : ثَلَاثَةٌ . وَقَالَ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، أ : « قطع » .

(٣) سقط من : ط .

فَإِنْ طَلَبَ الْإِمَهَالَ ، أُمِهَلَ الشَّهْرَيْنِ ، وَالثَّلَاثَةَ ، فَإِنْ أَحْيَاهُ الْمَقْعُ غَيْرُهُ فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٧٨ - مسألة : (فَإِنْ طَلَبَ الْإِمَهَالَ ، أُمِهَلَ) مُدَّةٌ قَرِيبَةٌ ؛ كَالشَّهْرَيْنِ ، وَالثَّلَاثَةِ ، وَغَوَّهَا ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ . فَإِنْ بَادَرَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ ، مَلَكَهَ بِالْإِحْيَاءِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، وَالتَّحْجَرَ لَا يُمْلِكُ بِهِ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكَ بِمَا يُمْلِكُ بِهِ دُونَ مَا لَا يُمْلِكُ

و « الْمَعْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَجَمَاعَةٌ : أُمِهَلَ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : عَلَيْهِ الْمُعْظَمُ . وَقَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَيُمَهَّلُ مُدَّةٌ قَرِيبَةٌ بِسُؤَالِهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : فَلَعَلَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ . ثُمَّ وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ قَالَ : وَتَقْدِيرُ مُدَّةِ الْإِمَهَالِ يَرْجِعُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ ، مِنْ الشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ ، بِمَحَسَبِ الْحَالِ . قَالَ : وَالثَّلَاثَةُ انْفَرَدَ بِهَا الْمُصَنِّفُ هُنَا . وَكَأَنَّهُ مَا رَاجَعَ « الْمُسْتَوْعَبَ » ، وَ « الشَّرْحَ » .

تبيينه : فائدةُ الإِمَهَالِ انْقِطَاعُ الْحَقِّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ عَلَى التَّرْكِ . قَالَ فِي « الْمَعْنَى » ^(١) : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عُذْرٌ فِي التَّرْكِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَعْمَرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ . فَإِنْ لَمْ يَعْمَرْهَا ، كَانَ لغيره عِمَارَتُهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْإِمَهَالِ مَخْصُوصٌ بِحَالَةِ الْعُذْرِ ، أَوِ الْإِعْتِدَارِ ، أَمَّا إِنْ عَلِمَ انْتِفَاءُ الْعُذْرِ ، فَلَا مُهْلَةَ . قَالَ : وَيَتَبَيَّنُ تَقْيِيدُ الْحَالِ بِوُجُودِ مُتَشَوِّفٍ إِلَى الْإِحْيَاءِ ، أَمَّا مَعَ عَدَمِهِ ، فَلَا اغْتِرَاضَ ، سِوَى تَرْكِ الْعُذْرِ أَوْ لَا . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ ، فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . يَعْنِي ، لَوْ بَادَرَ غَيْرُهُ فِي

(١) المعنى ١٥٣/٨ .

به ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ [١٦٨/٥ ط] أَوْ مَشْرَعَةٍ ، فجاء غيره فأزاله وأخذه ، ولعموم الحديث في الإحياء . والثاني ، لا يَمْلِكُهُ ؛ لَأَنَّ مَفْهُومَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » ^(١) . أَنَّهَا لَا تَكُونُ لَهُ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فِيهَا حَقٌّ ، وكذلك قَوْلُهُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . وَرَوَى سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) أَنَّ عُمَرَ قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَطَلَّهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ يَعْمُرُونَهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَّرَهَا قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا . وَلِأَنَّ الثَّانِيَّ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَحْيَا مَا تَتَلَقَّى بِهِ مَصَالِحُ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرَى .

مُدَّةُ الْإِمْهَالِ ، وَأَحْيَاءُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُتَجَّى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَمْلِكُهُ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُذْهَبِ » ،

(١) تقدم تخريجه في

(٢) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٨/٦ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ ضُرِبَتْ لِلْمُتَحَجِّرِ مُدَّةٌ ، فَانْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلَعِيرُهُ أَنْ يُعَمَّرَهُ وَيَمْلِكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضُرِبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ عُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ . فَإِنْ

و «النَّظْمُ» ، و «التَّصْحِيحُ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، إِنْصَافُ يَمْلِكُهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ النَّازِمُ : وَهُوَ بَعِيدٌ .

(١) «فائدتان ؛ الأولى» ، لو أَحْيَاهُ غَيْرُهُ قَبْلَ ضَرْبِ مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : حُكْمُ الْإِحْيَاءِ قَبْلَ ضَرْبِ مُدَّةِ الْمُهْلَةِ حُكْمُ الْإِحْيَاءِ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، عَلَى مَا^(٢) تَقَدَّمَ . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ . وَأَمَّا إِذَا أَحْيَاهُ الْغَيْرُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ^(٣) الْمُهْلَةِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ ، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ^(٤) ، قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» ، بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ الْخِلَافَ الْمُتَقَدَّمَ : وَيَتَوَجَّهُ مِثْلُهُ فِي نُزُولِهِ عَنْ وَظِيفَةِ لَزِيدٍ ، هَلْ يَقَرَّرُ غَيْرُهُ فِيهَا ؟ وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِي مَنْ نَزَلَ عَنْ وَظِيفَةِ الْإِمَامَةِ : لَا يَتَعَيَّنُ الْمَنْزُولُ لَهُ ،^(٥) وَيُؤَلَّى مَنْ إِلَيْهِ الْوَلَايَةُ ، مَنْ يَسْتَحِقُّ التَّوَلِيَّ شَرْعًا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي الْمَجْدِ : لَا يَصِحُّ تَوَلِيٌّ غَيْرَ الْمَنْزُولِ لَهُ^(٦) ، فَإِنْ لَمْ يَقَرَّرْهُ الْحَاكِمُ ، وَالْأَوَّلُ وَظِيفَةُ بَاقِيَةِ النَّازِلِ . انْتَهَى . قُلْتُ :

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « فَوَائِدُ مِنْهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَمِنْهَا » .

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : ولِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

لم يُعَمَّرْها ، كان لغيره عِمَارَتُها . فَإِنْ لم يُقَلِّ له شيءٌ ، واستمرَّ تَعْطِيلُها ، فقد ذَكَرْنَا حَدِيثَ عُمَرَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ وَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : (وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَنْبَغِي أَنْ

^{١)} وَقَرِيبٌ مِنْهُ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ وَغَيْرُهُ ، فِيمَا إِذَا أَثَرُ شَخْصًا بِمَكَانِهِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَسْبِقَهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ الْجَالِسِ فِي اسْتِحْقَاقِ مَكَانِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، ثُمَّ أَثَرَهُ بِهِ غَيْرُهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقَائِمَ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِالْقِيَامِ ، فَبَقِيَ عَلَى الْأَصْلِ ، فَكَانَ السَّابِقُ إِلَيْهِ أَحَقَّ بِهِ ، كَمَنْ وَسَّعَ لِرَجُلٍ فِي طَرِيقٍ ، فَمَرَّ بِهِ غَيْرُهُ ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَيُفَارِقُ التَّوَسُّعَ فِي الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ لِلْمُرُورِ فِيهَا ، كَمَنْ انْتَقَلَ مِنْ مَكَانٍ فِيهَا لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ حَتَّى يُؤْثِرَ بِهِ ، وَالْمَسْجِدُ جُعِلَ لِلْإِقَامَةِ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْمُتَنَقِّلِ مِنْهُ إِذَا انْتَقَلَ لِحَاجَةٍ ، وَهَذَا إِنَّمَا انْتَقَلَ مُؤْثِرًا لغيره ، فَأَشْبَهَ النَّائِبَ الَّذِي بَعَثَهُ إِنْسَانٌ لِيَجْلِسَ فِي مَوْضِعٍ يَحْفَظُهُ لَهُ . انتهى . قلتُ ^{١)} : الَّذِي يَتَعَيَّنُ ، مَا قَالَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَنْزُولُ لَهُ أَهْلًا ، وَيُوجَدُ ^{٢)} غَيْرُهُ أَهْلًا ، فَإِنَّ الْمَنْزُولَ لَهُ أَحَقُّ ، مَعَ أَنَّ هَذَا لَا يَأْبَاهُ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ .

قوله : وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَكُونُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في ١ : غير أهل .

يُقَطَّعُ إِلَّا مَا قَدَّرَ عَلَى إِحْيَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِقْطَاعُهُ أَكْثَرُ مِنْهُ إِدْخَالُ صَرَرٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ
بِلا فائِدَةٍ فِيهِ . فَإِنْ فَعَلَ ثُمَّ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ عَنْ إِحْيَائِهِ ، اسْتَرْجَعَهُ مِنْهُ ، كَمَا
اسْتَرْجَعَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ مَا عَجَزَ عَنْ عِمَارَتِهِ مِنْ
الْعَقِيقِ الَّذِي أَقْطَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ
الْعَقِيقَ أَجْمَعَ ، (« فَلَمَّا كَانَ ») عُمَرُ ، قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ
يُقْطِعْكَ لِتَحْيِيزِهِ ^(١) عَنْ النَّاسِ ، إِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعْمَرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ
عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرُدِّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُيَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٢) . وَذَكَرَ
سَعِيدٌ فِي [١٦٩/٥] « سُنَنِهِ » ^(٣) قَالَ : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ
رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنَ الْحَارِثِ يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلِيَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ :
مَا أَقْطَعْتَهُ لِتَحْجُبَهُ ، فَأَقْطَعَهُ النَّاسَ . وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وَاثِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ،

كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعَ فِي الْإِحْيَاءِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَقَالَ مَالِكٌ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِتَقْسِرِ الْإِقْطَاعِ ؛ [٢٢٥/٢] ظ [يَبِيعُ ، وَيَهْبُ ،
وَيَتَصَرَّفُ ، وَيُورَثُ عَنْهُ . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ إِعْمَالًا لِلْحَقِيقَةِ الْإِقْطَاعِ ؛ وَهُوَ
التَّمْلِيكُ .

(١ - ١) في م : « وإن » .

(٢) في م : « لتحببه » .

(٣) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أقطع قطعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى

١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم في صفحة ٩١ .

(٤ - ٤) في م : « عن » .

أن النبي ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتَ^(١) . قال الترمذی : هذا حديث حسن صحيح . قال سعيد : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عن ابن أبي نَجِيحٍ ، عن عمرو بن شُعَيْبٍ ، أن رسول الله ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مَزِينَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَخْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : لو كانت قَطِيعَةً مَنَى أَوْ مِنْ أَيْ بَكْرٍ ، لم أَرُدُّهَا ، وَلَكِنَّهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أَرُدُّهَا^(٢) .

فصل : وقد روى وإبل بن حُجْرٍ ، أن النبي ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ ، أَنْ أَعْطِيَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعْلِمَهُ إِيَّاهُ . حديث صحيح^(٣) . وأَقْطَعَ الزُّبَيْرُ حُضْرَ فَرَسِهِ^(٤) ، فَأَجْرَى فَرَسَهُ حَتَّى قَامَ وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : « أَعْطُوهُ

فائدتان ؛ إحداهما ، للإمام إقطاع غير المَوَاتِ تَمْلِيكًا وَانْتِفَاعًا ، لِلْمَصْلَحَةِ دُونَ غَيْرِهَا . الثانية ، قَسَمَ الْأَصْحَابُ الْإِقْطَاعَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ إِقْطَاعُ تَمْلِيكِ ، وَإِقْطَاعُ اسْتِغْلَالٍ ، وَإِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ . وقَسَمَ الْقَاضِي الْإِقْطَاعَ التَّمْلِيكِ إِلَى ، مَوَاتٍ ، وَعَامِرٍ ، وَمَعَادِنٍ ؛ وَجَعَلَ إِقْطَاعَ الْاسْتِغْلَالِ عَلَى صَرَّتَيْنِ ؛ عَشْرٍ ، وَخَرَاجٍ ، وَإِقْطَاعَ الْإِرْفَاقِ ، وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٤/٢ . والترمذی ، في : باب ما جاء في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٥١/٦ ، ١٥٢ . والدارمي ، في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٩٩/٦ .

(٢) أخرجه حميد بن زنجويه ، في : باب إحياء الأرض وإحيائها ... من كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها ... الأموال ٦٤٤/٢ .

(٣) هو المتقدم في الحاشية قبل السابقة .

(٤) حضر فرسه : علوها ، أي قدر ما تعلق عدوة واحدة .

الشرح الكبير

مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَذَكَرَ
الْبُخَارِيُّ ^(٢) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَنْصَارَ لِيُقَطِّعَ لَهُمْ
بِالْبَحْرَيْنِ ، فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ فَعَلْتَ فَامْكُتَبَ لِإِخْوَانِنَا ^(٣) مِنْ
قُرَيْشٍ ^(٤) بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ،
وَأَقْطَعَ عُمَانُ خَمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ الزُّبَيْرَ ، وَسَعْدًا ، وَابْنَ
مَسْعُودٍ ، وَأَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَخَبَّابَ بْنَ الْأَرْتِ . وَرَوَى عَنْ نَافِعٍ أَى عَبْدِ
اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ : إِنْ قَبَلْنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخُرَاجِ ،
وَلَا تَضُرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنْ تُقْطِعَ بِهَا آتِخِذْ فِيهَا قَصِيلاً ^(٥)
لِخَيْلِي . قَالَ : فَكُتِبَ عُمَرُ إِلَى أَى مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَاقْطِعْهَا
إِيَّاهُ . رَوَى هَذِهِ الْآثَارَ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٦) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
فَإِنَّ مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ [١٦٩/٥ ط] شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتَرِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، لَكِنْ
يَصِيرُ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ
بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ مِنْهُ عُمَرُ مَا عَجَزَ عَنْ إِحْيَائِهِ ^(٧) . وَلَوْ

الإنصاف

- (١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦/٢ .
- (٢) في : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٥٠/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١١/٣ .
- (٣ - ٣) سقط من : الأصل .
- (٤) القصيل : ما أقطع من الزرع أحضر لعلف الدواب .
- (٥) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين ... الأموال ٢٧٦ - ٢٧٨ .
- (٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٧ .

المنع وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرَحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا .

الشرح الكبير مَلَكَهُ ، لَمْ يَجْزِ اسْتِرْجَاعُهُ . وَرَدَّ عُمَرُ أَيْضًا قَطِيعَةَ أَبِي بَكْرٍ لَعَيْنَتَهُ بَنِ حِضْنٍ ، فَسَأَلَ عُيَيْنَةُ بْنُ حِضْنٍ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يُجَدِّدَ لَهُ كِتَابًا ، فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا أُجَدِّدُ شَيْئًا رَدَّهُ عُمَرُ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(١) . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِهَا مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، وَأَوَّلَى بِالْإِحْيَاءِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ سَوَاءً . وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

٢٤٧٩ - مسألة : (وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرَحَابِ الْمَسَاجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ) الْقَطَائِعُ صَرَبَانٌ ، أَحَدُهُمَا ، إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَالثَّانِي ، إِقْطَاعُ لِرَفَاقٍ ، وَذَلِكَ

الإنصاف قوله : وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرَحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . فَيَحْرُمُ . وَلَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . بَلَا نِزَاعٍ . وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا . مَا لَمْ يُعْذَرِ فِيهِ الْإِمَامُ .

تنبيه : تَجْوِيزُ الْمُصَنِّفِ إِقْطَاعَ الْجُلُوسِ بِرَحَابِ الْمَسْجِدِ ، اخْتِيَارٌ مِنْهُ ؛ لَكَوْنِهَا لَيْسَتْ مَسْجِدًا ؛ لِامْتِنَاعِ ذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ ، وَاخْتِيَارُ الْخِرْقِيِّ ، وَالْمَسْجِدِ ، قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَتَقَدَّمَ ، هَلْ رَحْبَةُ الْمَسْجِدِ مِنَ الْمَسْجِدِ ، أَوْ لَا ؟ فِي بَابِ الْاِغْتِكَافِ .

(١) فِي الْبَابِ السَّابِقِ ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ الْمَقْنَعِ بِهَا مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا .

الشرح الكبير

كَإِقْطَاعِ مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ، وَرَحَابِ الْمَسَاجِدِ ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ اجْتِهَادًا ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجُلُوسُ إِلَّا فِيمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يُجْلِسَ فِيهَا مَنْ لَا يَرَى أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجُلُوسِهِ . وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْطَعُ بِذَلِكَ ، بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا مِنْ غَيْرِهِ ، بِمَنْزِلَةِ السَّابِقِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِقْطَاعِ ، إِلَّا فِي أَنَّ السَّابِقَ إِذَا نَقَلَ مَتَاعَهُ عَنْهَا ، فَلْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهَا بِسَبْقِهِ إِلَيْهَا وَمُقَامِهِ فِيهَا ، فَإِذَا انْتَقَلَ عَنْهَا ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ؛ لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي اسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا اسْتَحَقَّ بِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يَزُولُ حَقُّهُ بِنَقْلِ مَتَاعِهِ ، وَلَا لْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهِ . وَحُكْمُهُ فِي التَّظْلِيلِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَيْسَ بَيِّنًا ، وَمَنْعُهُ مِنَ الْبِنَاءِ ، وَمَنْعُهُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ، حُكْمُ السَّابِقِ ، عَلَى مَا نَذَرُوه .

٢٤٨٠ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ يَسْبِقُ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا) مَا كَانَ مِنَ الشُّوَارِعِ وَالطَّرِيقَاتِ وَالرَّحَابِ بَيْنَ الْعُمَرَاءِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ إِحْيَاؤُهُ ، سِوَاكَ كَانَ وَاسِعًا أَوْ ضَيِّقًا ،

قوله : فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ بِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَعْنَى ، أَنَّهَا مِنَ الْمَرَافِقِ ، وَأَنَّ لَهُ الْجُلُوسَ فِيهَا مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمَعَ عَدَمِ إِقْطَاعِ ، لِلْسَّابِقِ الْجُلُوسُ ، عَلَى

وَسَوَاءٌ ضَيِّقَ عَلَى النَّاسِ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يُضَيِّقْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَتَتَعَلَّقُ بِهِ [١٧٠/٥] مَضْلَحَتُهُمْ ، أَشْبَهَ مَسَاجِدَهُمْ . وَيَجُوزُ الْاِرْتِفَاقُ بِالْقُعُودِ فِي الْوَاسِعِ مِنْ ذَلِكَ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ وَلَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ؛ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَنْصَارِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ ، عَلَى إِقْرَارِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ إنْكَارٍ ، وَلِأَنَّهُ ارْتِفَاقٌ بِمُبَاحٍ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ، كَالْاجْتِنَازِ . قَالَ أَحَدُ ، فِي السَّابِقِ إِلَى ذَكَائِنِ السُّوقِ غُدُوَّةٌ : فَهُوَ لَهُ إِلَى اللَّيْلِ . وَكَانَ هَذَا فِي سُوقِ الْمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنِ امْتَنَحَ مِنْ سَبَقٍ » ^(١) . وَلَهُ أَنْ يُظَلَّلَ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ مِنْ بَارِيَّةٍ ^(٢) ، وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ دَكَّةً وَلَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ ، وَتَعَثَّرُ بِهِ الْمَارَّةُ بِاللَّيْلِ ، وَالضَّرِيرُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، وَتَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ ، وَرُبَّمَا ادَّعَى مِلْكَهُ بِذَلِكَ . وَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ مَا كَانَ فِيهِ ؛ فَإِنْ قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ فِيهِ ، لَمْ يَجُزْ لغيرِهِ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ قَدْ زَالَتْ .

الأصَحُّ ، مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَعَنهُ ، لَهُ ذَلِكَ إِلَى اللَّيْلِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنَقَلَ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، رَوَايَةً بِالْمَنْعِ مِنْ الْجُلُوسِ فِي الطَّرْفِ الْوَاسِعَةِ ؛ لِلتَّعَامُلِ فِيهَا ، فَلَا تَكُونُ مِنَ الْمَرَافِقِ . قَالَ :

(١) تقدم تخريجه في ٧٧/١١ .

(٢) البارية : المحصر .

فَإِنْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فِيهَا ، فَهَلْ يُزَالُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٨١ - مسألة : فَإِنْ طَالَ مُقَامُهُ ، مُنِعَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْتَّمَلُّكِ ، وَيَخْتَصُّ بِنَفْعٍ يُسَاوِيهِ غَيْرُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ .

الإنصاف

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ ، أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ فِي الْجُلُوسِ فِي هَذِهِ الْأَمْكِنَةِ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : هَذَا قَوْلُ الْأَكْثَرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنٍ . وَهُوَ رَوَايَةٌ حَكَاهَا فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالثَّمَانِينَ » ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

فَالثَّانِيانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أَجْلَسَ غُلَامَهُ أَوْ أَجْنَبِيًّا ، لَيَجْلِسَ هُوَ إِذَا عَادَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَرَكَ الْمَتَاعَ فِيهِ ؛ لاسْتِمْرَارِ يَدِهِ بِمَنْ هُوَ فِي جِهَتِهِ . وَلَوْ آثَرَ بِهِ رَجُلًا ، فَهَلْ لِلْغَيْرِ السَّبْقُ إِلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . وَالثَّانِي ، نَعَمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَظْهَرُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَتَشْبِيهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَا ذَكَرْنَا فِي آخِرِ بَابِ الْجُمُعَةِ ، لَوْ آثَرَ بِمَكَانِهِ شَخْصًا ، فَسَبَقَهُ غَيْرُهُ إِلَيْهِ^(١) . عَلَى مَا تَقَدَّمَ هُنَاكَ . الثَّانِيَّةُ ، لَهُ أَنْ يُظَلِّلَ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، مِنْ بَارِيَّةٍ وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَبِيْ ذَكَّةً وَلَا غَيْرَهَا .

قوله : فَإِنْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فِيهَا ، فَهَلْ يُزَالُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ،

(١) سقط من : ١ .

المقتع فَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا .

الشرح الكبير ٢٤٨٢ - مسألة : (وَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ) إِلَيْهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُفْرَعَ

بَيْنَهُمَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا (فَإِنْ كَانَ الْجَالِسُ يُصَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ تَمَكُّيْنُهُ بِعَوَضٍ وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَتَّبِعِي لَنَا أَنْ نَشْتَرِي مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبِيعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ صَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُؤْذِي الْمَارَّةَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ : لَا يُعْجِئُنِي الطُّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقٍ

الإصناف و « الفائق » ، و « الفروع » ، أحدهما ، لا يزال . صححه في « التوضيح » ، و « النظم » . وجزم به في « الوجيز » ، وهو ظاهر ما جزم به في « المنور » . قال الحارثي : « وهذا اللائق بأصول الأصحاب ؛ حيث قالوا بالإقطاع . والوجه الثاني ، يُزَالُ . قال الحارثي : « هذا أظهرهما عندهم . قال في « الخلاصة » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » : مُنِعَ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . قال في « القواعد » : وهو ظاهر كلام أحمد ، في رواية حَرْبٍ . وقدمه في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « شرح ابن رزينة » .

قوله : فَإِنْ سَبَقَ^(١) اثْنَانِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . هذا المذهب بلا ريب ، وجزم به في

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « استيق » .

الناس . وهى السُّفْنُ التى يُطْحَنُ فيها فى الماءِ الجارى . إِنَّمَا كَرِهَ ذلك ، لتَضْيِيقِهَا طَرِيقَ السُّفْنِ المارَّةِ فى الماءِ . قال أحمدُ : رُبَّمَا غَرِقَتِ السُّفْنُ ، فَأَرَى للِرَّجُلِ أَنْ يَتَوَقَّى الشَّرَاءَ مِمَّا يُطْحَنُ بها .

« الخُلَاصَةُ » ، و « الوجيز » ، و « المُنَوَّر » ، وغيرهم . وقَدَّمه فى «^(١) الهداية » ، و « المُستَوْعِب » ، و « المُحَرَّر » ، و « التَّظْمِر » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِى الصَّغِير » ، و « الفُرُوع » ، و « الفائق » ، و « شَرْح الحارثي »^(٢) ، و « القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّة » ، و « تَجْرِيدُ العِنَايَةِ » ، وغيرهم . قال الحارثي : هذا المذهب . وقيل : يُقَدِّمُ الإمامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وهو وَجْهٌ حَكَاهُ القاضى فَمَنْ بَعْدَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فى « التَّلْخِص » ، و « المَذْهَب » ، و « الشَّرْح » . وكذا الحُكْمُ لو اسْتَبَقَا إلى مَوْضِعٍ فى رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أو خَانٍ ، أو اسْتَبَقَى فَقِيهَانِ إلى مَدْرَسَةٍ ، أو صُوفِيَانِ إلى خَانِقَاهُ^(٣) . ذَكَرَهُ الحارثي ، وَتَبِعَهُ فى القَوَاعِدِ ، وقال : هذا يَتَوَجَّهُ على أَحَدِ الاِخْتِمَالَيْنِ اللَّذَيْنِ^(٤) ذَكَرَهُمَا فى المَدَارِسِ وَالْخَوَانِقِ الْمُخْتَصَّةِ^(٥) بِوَصْفٍ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ الاِسْتِخْقَاقُ فِيهِمَا على تَنْزِيلِ نَاطِرٍ . فَأَمَّا على الْوَجْهِ الْآخَرِ ، وهو تَوَقُّفُ الاِسْتِخْقَاقِ على تَنْزِيلِهِ ، فليس إِلَّا تَرْجِيحُهُ له بِنَوْعٍ مِنَ التَّرْجِيحَاتِ . وقد يُقَالُ : إِنَّهُ يُرْجَعُ^(٥) بِالْقَرْعَةِ مع التَّسَاوَى . انتهى .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) هى رِبَاط الصَّوْفِيَّة .

(٣) فى الأصل ، ط : « الذى » .

(٤) سقط من : ط .

(٥) فى ١ : « يترجع » .

وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ . وَهَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

المنع

٢٤٨٣ - مسألة : [١٧٠/٥ ط] (وَإِنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ) لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١) . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَعْدِنُ ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا ، إِذَا كَانَ فِي مَوَاتٍ . فَإِنْ أَخَذَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بَحِثْ يُمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ بِمَا لَا نَفْعَ فِيهِ لَهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةِ الْمَاءِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ .

الشرح الكبير

٢٤٨٤ - مسألة : (وَهَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ) لِلْأَخْذِ ؟ (عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ . وَالْآخَرُ ، لَا يُمْنَعُ ؛ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ . وَإِنْ اسْتَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، وَضَاقَ الْمَكَانُ عَنْهُمَا ،

قوله : وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ «الْوَجِيزِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» . وَقِيلَ : مَنْ أَخَذَ مِنْ مَعْدِنٍ فَوْقَ حَاجَتِهِ ، مُنِعَ مِنْهُ . ذَكَرَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» . قَالَ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ «الشَّرْحِ» : فَإِنْ أَخَذَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ [٢٢٦/٢] ، بَحِثْ يُمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ .

الإنصاف

قوله : وَهَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ - يَعْنِي الْآخِذَ - عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُعْنَى» ، وَ «الْمُحَرَّرِ» ، وَ «الشَّرْحِ» ، وَ «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

أَقْرَعَ^(١) بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وَقَدْ تَسَاوَا ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَدَاعَا عَيْنًا فِي أَيْدِيهِمَا وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَهُ نَظَرًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا رَابِعًا ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ يَنْصَبُ مَنْ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

و « الْفُرُوع » ، وَ « الْفَائِق » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُمْنَعُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِب » ، وَ « التَّلْخِص » : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مَا دَامَ آخِذًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَصَحُّهُمَا لَا يُمْنَعُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيح » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيز » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُمْنَعُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي »^(٢) . وَقِيلَ : يُمْنَعُ مَعَ ضَيْقِ الْمَكَانِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَطَعَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ .

فَائِدَةٌ : لَوْ اسْتَبَقَ اثْنَانِ فَأَكْثَرُ إِلَى مَعْدِنٍ مُبَاحٍ ، وَضَاقَ الْمَكَانُ عَنْ أَخْذِهِمْ جُمْلَةً وَاحِدَةً ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » : وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ مَعًا ، وَضَاقَ بِهِمَا ، اقْتَرَعَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّة » . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ مَنْ شَاءَ . وَهُوَ أَحْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » . وَقِيلَ : بِالْقِسْمَةِ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا رَابِعًا ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ الْقَاضِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَقْرَعَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، وَعَنْتَرٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ،
وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ [١٤٨ ط] ، رَغْبَةً عَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَإِنْ سَبَقَ
إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا .

٢٤٨٥ - مسألة : (وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، أَوْ عَنْتَرٍ ،
وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ) وَلَقَطَةٍ ، وَلَقِيطٍ (وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ) أَوْ يَضِيعُ
منهم مِمَّا لَا تَتَّبِعُهُ النَّفْسُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلَجِ ^(١) وسائر المباحات (فهو
أَحَقُّ بِهِ) بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ ، لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ
إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ^(٢) فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ
بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ قُسِمَتِ مَمْلُكَتُهُ ، فَلَا يُؤْخَرُ حَقُّ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا

أَيْضًا : إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا لِلتَّجَارَةِ ، هَاتِيئًا الْإِمَامَ بَيْنَهُمَا بِالْيَوْمِ أَوْ السَّاعَةِ بِحَسَبِ
مَا يَرَى ؛ لِأَنَّهُ يَطُولُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ ، فَاحْتِمَالَاتٌ ؛ أَحَدُهَا ، الْقُرْعَةُ . وَالثَّانِي ،
يُنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ لَهَا ، ثُمَّ يَقْسِمُ . وَالثَّالِثُ ، يُقَدِّمُ مَنْ يَرَاهُ أَحْوَجَ وَأَوْلَى . وَقَالَ
فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ ، فَإِنْ أَخَذَ فَوْقَ حَاجَتِهِ ، مُنِعَ .
وَقِيلَ : لَا . وَقِيلَ : إِنْ أَخَذَهُ لِلتَّجَارَةِ هَاتِيئًا الْإِمَامَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِحَاجَةٍ ، فَأَرْبَعَةٌ
أَوْجُهُ ؛ الْمُهَيَّاءُ ، وَالْقُرْعَةُ ، وَتَقْدِيمُ مَنْ يَرَى الْإِمَامَ ، وَأَنْ يُنْصَبَ مَنْ يَأْخُذُ ،
وَيَقْسِمُهُ بَيْنَهُمَا . انْتَهَى . وَذَكَرَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهَا الْأَوْجُوهَ الْأَرْبَعَةَ مِنْ نِتْمَةِ قَوْلِ
الْقَاضِي .

قوله : وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، وَعَنْتَرٍ - وَسَمَكٍ ، وَلَوْثٍ ، وَمَرْجَانٍ -

(١) فِي م : « الْبَلَح » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

على الآخر . وإن سَبَقَ إلى مَوَاتٍ أو بِشْرٍ عَادِيَّةٍ فهو أَحَقُّ بها ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

الشرح الكبير

وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ ، رَغْبَةً عَنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَكَذَا لَوْ سَبَقَ إِلَى مَاضَاعٍ مِنَ النَّاسِ مِمَّا لَا تَتَّبِعُهُ الْهَمَّةُ ، وَكَذَا اللَّقِيطُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلَجِ وَالْمَنِّ ، وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ .

وقوله : وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ الْأَصَحُّ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسْرٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » : فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَى الْمُبَاحِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنْ كَانَ فِي كَلَامٍ بَعْضُ الْأَصْحَابِ مَأْيُوهٌ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يُفْتَرَعَانِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : ثُمَّ إِنَّ أَبَا الْخَطَّابِ فِي كِتَابِهِ ، قَدَّمَ اقْتِسَامَهُمَا بِمَا إِذَا كَانَ الْأَخْذُ لِلتَّجَارَةِ . ثُمَّ قَالَ : وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ ، اخْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُفَرَّعَ بَيْنَهُمَا . وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وَتَابَعَهُ عَلَيْهِ السَّامُرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، وَغَيْرُهُمَا . وَهَذَا عِنْدِي غَلَطٌ ، فَإِنَّ الْمُبَاحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْأَخْذُ ، اسْتَقَرَّ الْمِلْكُ عَلَيْهِ ، وَلَا بُدَّ ؛ لَوْجُودِ السَّبَبِ الْمُقَيَّدِ لَهُ ، مَعَ أَنَّ الْقُرْعَةَ لَمْ تَرُدَّ فِي هَذَا النَّوعِ ، وَلَا فِي (١) شَيْءٍ مِنْهُ . وَكَيْفَ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا مَعَ قِيَامِ السَّبَبِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؟ نَعَمْ قَدْ يَجْرِي مَا قَالَ فِيمَا إِذَا ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ لِتَأْخُذِهِ . ثُمَّ قَالَ : وَالصُّوَابُ مَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ ، مِنَ الْأَقْسَامِ مَعَ عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ التَّجَارَةِ ، وَالْحَاجَةِ . انْتَهَى .

تنبيه : فعلى المذهب ، قال الحارثي : إِنَّمَا يَتَأْتِي هَذَا فِي الْمُتَضَيِّعِ الدَّاخِلِ تَحْتَ

(١) سقط من : ١ .

اليَدِ ؛ كَالصَّيْدِ ، وَالسَّمَكِ ، وَاللُّؤْلُؤِ ، وَالْمَرْجَانِ ، وَالْمَتْنُوزِ . أَمَّا مَا لَا يَنْضَبُ ، كَالشُّعْرَاءِ^(١) ، وَتَمَرِ الْجَبَلِ ، فَالْمِلْكُ فِيهِ مَقْصُورٌ عَلَى الْقَدْرِ الْمَأْخُودِ ، قُلْ أَوْ كَثُرَ . انْتَهَى .

فائدة : وكذا الحكمُ في السَّبْقِ إِلَى الطَّرِيقِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْأَذْمِيُّ الْبُعْدَادِيُّ بِالْقِسْمَةِ هُنَا .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تَرَكَ دَابَّتَهُ بِفَلَاةٍ ، أَوْ مَهْلَكَةٍ ؛ لِتَأْيِسِهِ مِنْهَا ، أَوْ عَجَزِهِ عَنْ غَلْفِهَا ، مَلَكَهَا آخِذُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ مِنْ رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَابْنِ مَنْصُورٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهَا . وَهُوَ وَجْهٌ ، خَرَّجَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، كَالرَّقِيقِ ، وَتَرَكَ الْمَتَاعَ عَجْزًا ، بَلَا نِزَاعٍ فِيهِمَا . وَيَرْجِعُ بِالنَّفَقَةِ عَلَى الرَّقِيقِ ، وَأَجْرَقَ حَمْلَ الْمَتَاعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ أَخْذًا مِنْ انْتِفَاءِ الْأَخْذِ فِي اللَّقْطَةِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي الْعَبْدِ ، ذَكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَلْقَى مَتَاعَهُ فِي الْبَحْرِ خَوْفَ الْغَرَقِ ، فَقَالَ الْحَارِثِيُّ : نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْمَتَاعِ يَقْتَضِي أَنْ مَا يُلْقِيهِ رُكَابُ السَّفِينَةِ [٢٢٦/٢] مَخَافَةَ الْغَرَقِ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِمْ . انْتَهَى . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ آخِذُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِقِ » . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُنْيَى » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَذَكَرَهُ فِي آخِرِ اللَّقْطَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . فَعَلِيَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لِأَخِذِهِ الْأُجْرَةَ ، عَلَى

(١) الشُّعْرَاءُ : الْأَرْضُ أَوْ الرُّوْضَةُ الْكَثِيرَةُ الشَّجَرِ .

وَأِذَا كَانَ الْمَاءُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ؛ كِمَيَاهِ الْأَمْطَارِ ، فَلَمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقَى وَيَحْبِسَ الْمَاءَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ .

الشرح الكبير

٢٤٨٦ - مسألة : (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ؛ كِمَيَاهِ الْأَمْطَارِ ، فَلَمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقَى وَيَحْبِسَ الْمَاءَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى الْكَعْبِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ) وجملة ذلك ، أنه لا يخلو الماء من حائتين ؛ إِمَّا [١٧١/٥] أَنْ يَكُونَ جَارِيًا ، أَوْ واقِفًا . والجاري ضربان ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قِسْمَان ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ نَهْرًا عَظِيمًا ؛ كَالنَّيْلِ ، وَالْفَرَاتِ ، الَّذِي لَا يَسْتَصِيرُ أَحَدٌ بِالسَّقْيِ مِنْهُمَا ، فَهَذَا لَا تَزَاحَمُ فِيهِ ، وَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْقَى مِنْهَا مَتَى شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ نَهْرًا صَغِيرًا يَزِدُّ جَمْعَ النَّاسِ فِيهِ ، وَيَتَشَاوُونَ فِي مَائِهِ ، أَوْ سَيْلًا يَتَشَاوُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِ ضَيْعَ الشَّارِبَةِ مِنْهُ ، فَيُبْذَأُ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ ، فَيَصْنَعُ كَذَلِكَ ، وَعَلَى

الإنصاف

الصَّحِيح . وَقِيلَ : لَا أَجْرَةَ لَهُ .

قوله : وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ؛ كِمَيَاهِ الْأَمْطَارِ ، فَلَمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقَى وَيَحْبِسَ ، حَتَّى يَصِلَ الْمَاءُ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ . الماء إذا كان جاريًا ، وَهُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ، لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ نَهْرًا عَظِيمًا ؛ كَالنَّيْلِ ، وَالْفَرَاتِ ، وَدِجْلَةٍ ، وَمَا أَشَبَّهَهَا ، أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ نَهْرًا عَظِيمًا ، فَهَذَا لَا تَزَاحَمُ فِيهِ ، وَلِكُلِّ أَحَدٍ^(١) أَنْ يَسْقَى مِنْهُ مَا شَاءَ ، مَتَى شَاءَ ، كَيْفَ شَاءَ ، وَإِنْ كَانَ نَهْرًا صَغِيرًا ،

(١) فِي ١ : وَاحِدٌ .

هذا حتى تنتهي الأراضي كلها . فإن لم يفضل عن الأول شيء ، أو عن الثاني ، أو عمن يليهما ، فلا شيء للباقيين ؛ لأنهم ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة في الميراث . وهذا قول فقهاء المدينة ، ومالك ، والشافعي . ولا نعلم فيه مخالفا ؛ لما روى عبد الله بن الزبير ، أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في سراج الحرّة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ ، فقال ﷺ : « اسق يا زبير ، ثم أرسل الماء إلى جارك » . فعضب الأنصاري ، وقال : يا رسول الله : أن كان ابن عمّك . فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال : « يا زبير اسق ، ثم اخيس الماء حتى يرجع إلى الجذر » . فقال الزبير : فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(١) . متفق عليه ^(٢) .

يزدجم الناس فيه ، ويتشاحون في مائه ، أو سَيْلًا يتشاح فيه أهل الأرضين الشارية

(١) سورة النساء ٦٥ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكمين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٢٩/٤ ، ١٨٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٣/٢ ، ٢٨٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة الأحمدي ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٩/٨ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول الله ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٩/٢ ، ٨ ، ٧/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٤ .

الشرح الكبير

وذكر عبد الرزاق^(١) ، عن معمر ، عن الزهري ، قال : نظرنا في قول النبي ﷺ : « ثُم أَحْبَسَ الْمَاءَ^(٢) حَتَّى يَبْلُغَ الْجَذْرَ » . وكان ذلك إلى الكعبيين . قال أبو عبيد : الشراخ : جَمْعُ شَرَج . والشُرْجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ . والحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبَسَةٌ بِحِجَارَةٍ سَوْدٍ . والجَذْرُ : الجِدَارُ . وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يَسْقِيَ ثُم يُرْسِلَ ، تَسْهِيلًا عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْأَنْصَارِيُّ مَا قَالَ ، اسْتَوْفَى النَّبِيُّ ﷺ لِلزُّبَيْرِ حَقَّهُ . وَرَوَى مَالِكٌ فِي « الْمُوطَأِ »^(٣) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَمْرٍو^(٤) ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلِ مَهْزُورٍ^(٥) وَمُذْنِيبٍ : « يُمَسِّكُ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ ، ثُم يُرْسِلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ مَدْنِيٌّ

الإنصاف

منه ، فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، ثُم يُرْسِلُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ كَذَلِكَ . وَعَلَى هَذَا إِلَى أَنْ تَنْتَهِيَ الْأَرْضُ كُلُّهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أَوْ عَنِ الثَّانِي ، أَوْ مِنْ يَلِيهِمْ ، فَلَا شَيْءَ لِلْبَاقِينَ . فَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ صَاحِبِ الْأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ؛ مِنْهَا مَا هُوَ مُسْتَعْلٍ ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مُسْتَقِلٌّ ، سَقَى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى جِدَّتِهَا . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،

(١) لم نجده في مصنف عبد الرزاق .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٤/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ . وابن ماجه ، في : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٠/٢ .

(٤) في م : : عمر .

(٥) في م : : مهزوز .

مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَعْمُولٌ [١٧١/٥] بِهِ عِنْدَهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ
ابْنُ حَبِيبٍ^(١) : مَهْزُورٌ^(٢) وَمُذَنَّبٌ ، وَادِيَانِ مِنَ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ يَسِيلَانِ
بِالْمَطَرِ ، يَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَاطِظِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٣) بِإِسْنَادِهِ ،
عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كُبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ قُرَيْشٍ
كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي مَهْزُورٍ -
السَّيْلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ - فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى
الْكَعْبَتَيْنِ ، لَا يَخِيسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلَأنَّ مِنْ أَرْضِهِ قَرْيَةً مِنْ رَأْسِ
النَّهْرِ سَبَقَ^(٤) إِلَى الْمَاءِ^(٥) ، فَكَانَ أَوَّلَى بِهِ ، كَالسَّابِقِ إِلَى الْمَشْرِعَةِ . فَإِنْ
كَانَتْ أَرْضُ صَاحِبِ الْأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، مِنْهَا عَالِيَةٌ وَمِنْهَا مُسْتَقِلَّةٌ ، سَقَى كُلَّ
وَاحِدَةٍ مِنْهَا عَلَى حِدَّتِهَا . فَإِنْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا

و « شَرَحَ الْحَارِثِيُّ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : إِنْ كَانَتْ
الْأَرْضُ الْعُلْيَا مُسْتَقِلَّةً ، سَدَّهَا إِذَا سَقَى ، حَتَّى يَصْعَدَ إِلَى الثَّانِي .

فَالثَّانِي ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا الْمَاءَ
بَيْنَهُمَا . إِنْ أَمَكَنَّ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَيُقَدِّمُ مَنْ قَرَعَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ

(١) عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ بْنُ سُلَيْمَانَ أَبُو مَرْوَانَ السُّلَمِيُّ الْأَنْدَلُسِيُّ الْفَقِيهَ ، كَانَ حَافِظًا لِلْفَقْهِ نَبِيلًا ، ذَاهِبًا عَنْ
مَذْهَبِ مَالِكٍ ، صَنَفَ فِي الْفَقْهِ وَالتَّارِيخِ وَالْأَدَبِ ، لَهُ « الْوَاضِحَةُ » فِي الْفَقْهِ . تَوَفَّى فِي رَابِعِ رَمَضَانَ سَنَةِ ثَمَانٍ وَثَلَاثِينَ
وَمِائَتِينَ ، وَلَهُ أَرْبَعُ وَثَمَانُونَ سَنَةً . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٦/٣٩٠ ، ٣٩١ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « مَهْزُورٌ » .

(٣) فِي : أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٨٤ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي م : « الْمَكَانَ » .

فَإِذَا أَرَادَ إِنْسَانٌ إِحْيَاءَ أَرْضٍ بَسَقِيَهَا مِنْهُ ، جَازَ مَا لَمْ يَضُرَّ الْمَنْعَ بِأَهْلِ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ .

الماء بينهما إن أمكن ، ولأ أقرع بينهما ، فقدم من تقع له القرعة ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما ، سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم تركه للآخر ، وليس له السقي بجميع الماء ؛ لمساواة الآخر له في استحقاق الماء ، وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنه ليس للأسفل حق إلا في الفاضل عن الأعلى . فإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر ، قسّم الماء بينهما على قدر الأرض ؛ لأن الزائد من أرض أحدهما مساوٍ في القرب ، فاستحق جزءاً من الماء ، كما لو كان لثالث .

٢٤٨٧ - مسألة : (فإن أراد إنسان إحياء أرض) ليسقيها من ماء التهر (جاز ، ما لم يضُرَّ بأهل الأرض الشارِبَةِ منه) إذا كان لجماعة

الإنصاف لا يفضل عن أحدهما ، سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه للآخر ، وليس له أن يسقى بجميع الماء ؛ لمساواة الآخر له ، وإنما القرعة للتقدم ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ؛ فإنه ليس للأسفل حق إلا في الفاضل عن الأعلى . قاله المصنف وغيره . وهو واضح . وإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر ، قسّم الماء بينهما على قدر الأرض . الثانية ، لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانياً ، قبل انتهاء سقى الأراضي ، لم يكن له ذلك . قدمه الحارثي ، ونصره . وقال القاضي : له ذلك .

قوله : فإن أراد إنسان إحياء أرض ، بسقيها منه ، جاز ، ما لم يضُرَّ بأهل

رَسْمُ شُرْبٍ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، فَجَاءَ إِنْسَانٌ لِيُخْبِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ مِنْ رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْقَى قَبْلَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَسْبَقُوا إِلَى النَّهْرِ مِنْهُ ، وَلَأنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا مَلَكَهَا بِحُقُوقِهَا وَمَرَاقِيقِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ إِبْطَالَ حُقُوقِهَا ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهَا . وَهَلْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِخْيَاءِ ذَلِكَ الْمَوَاتِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي النَّهْرِ لَا فِي الْمَوَاتِ . وَالثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِئَلَّا يَصِيرَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى مَنَعِهِمْ حَقَّهُمْ مِنْ السَّقْيِ ؛ لِتَقْدِيرِهِ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْبِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ وَجُهِلَ الْحَالُ . فَإِذَا

الأَرْضُ الشَّارِبَةُ مِنْهُ . إِذَا كَانَ لِمَجَاعَةٍ رَسْمُ شُرْبٍ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، فَجَاءَ إِنْسَانٌ لِيُخْبِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْقَى قَبْلَهُمْ ، عَلَى الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ ، أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ، قَالَ : وَظَاهِرُ الْأَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَعُمُومُهَا ، يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ السَّبْقِ إِلَى أَعْلَى النَّهْرِ مُطْلَقًا . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَهَلْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِخْيَاءِ ذَلِكَ الْمَوَاتِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَظْهَرُ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَقْهُومُ مِنْ إِبْرَادِ الْكِتَابِ . فَعَلِيَ الْأَوَّلُ ، لَوْ سَبَقَ إِلَى مَسِيلِ مَاءٍ ، أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأُخِّبَ فِي أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أُخْيِيَ آخَرُ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أُخْيِيَ ثَالِثٌ فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلَّذِي أُخْيِيَ أَوَّلًا (١) السَّقْيُ أَوَّلًا ، ثُمَّ الثَّانِي ، ثُمَّ الثَّالِثُ ، فَيُقَدِّمُ السَّبْقُ إِلَى الْإِخْيَاءِ عَلَى السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَعَلَى مَا اخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ (٢) يَنْعَكِسُ ذَلِكَ .

(١) سقط من : ط .

(٢) سقط من : ١ .

قُلْنَا : ليس لهم منعه . فسَبَقَ إلى مَسِيلِ ماءٍ أو نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ فَأَخْيَا فِي
أَسْفَلِهِ مَوَاتَا ، ثُمَّ أَخْيَا آخَرَ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أَخْيَا ثَالِثَ فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلْأَسْفَلِ
السَّقْيُ أَوَّلًا ثُمَّ الثَّانِي ثُمَّ الثَّالِثُ ، وَيُقَدَّمُ السَّبْقُ إِلَى الْإِخْيَاءِ [١٧٢/٥] عَلَى
السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْجَارِي فِي نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قِسْمَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ مُبَاحَ الْأَصْلِ ، مِثْلَ أَنْ يَخْفِرَ إِنْسَانٌ نَهْرًا صَغِيرًا
يَتَّصِلُ بِنَهْرٍ كَبِيرٍ مُبَاحٍ ، فَمَا لَمْ يَتَّصِلِ الْخَفْرُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحَجُّرٌ
وَشُرُوعٌ فِي الْإِخْيَاءِ ، فَإِذَا اتَّصَلَ الْخَفْرُ ، مَلَكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلَكَ بِالْإِخْيَاءِ أَنْ
تَنْتَهِيَ الْعِمَارَةُ إِلَى قَصْدِهَا ، بَحِثْ يَتَكَرَّرُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا عَلَى صُورَتِهَا ، وَهَذَا
كَذَلِكَ . وَسَوَاءٌ أَجْرَى فِيهِ الْمَاءُ أَوْ لَمْ يُجْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِخْيَاءَ يَحْصُلُ بِتَهْيِئَتِهِ
لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ دُونَ حُصُولِ الْمَنْفَعَةِ ، فَيَصِيرُ مَالِكًا لِقَرَارِ النَّهْرِ وَحَاقَتِهِ ،
وَهَوَاؤُهُ حَقُّ لَهْ ، وَكَذَلِكَ حَرِيمُهُ ، وَهُوَ مَلْقَى الطَّيْنِ مِنْ جَوَانِبِهِ . وَعِنْدَ
الْقَاضِي أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ، وَإِنَّمَا هُوَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ

فائدة : لو كَانَ الْمَاءُ بِنَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، كَمَنْ حَفَرَ نَهْرًا صَغِيرًا سَاقٍ إِلَيْهِ الْمَاءُ مِنَ
نَهْرٍ كَبِيرٍ ، فَمَا حَصَلَ فِيهِ مَلَكَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا :
إِنَّ الْمَاءَ لَا يَمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ هَذَا الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ .
قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ بِدُخُولِهِ فِي نَهْرِهِ ، كَدُخُولِهِ فِي قَرْيَتِهِ ، وَرَاوِيَتِهِ ، وَمُصْنَعِهِ .
وَعِنْدَ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ ، أَنَّ الْمَاءَ بَاقٍ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، إِلَّا أَنَّ مَالِكَ

الملك . وظاهر قول الخرقى ، أنه مملوك لصاحبه^(١) ، قياساً على قوله فى حریم البشر ، أنه يملكه . إذا تقرر ذلك ، فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل والنفقة ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة ، والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمهايا أو غيرها ، جاز ؛ لأنه^(٢) حقهم ، لا يخرج عنهم . وإن تشاحوا فيه ، قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم ؛ لأن كل واحد منهم

الشرح الكبير

النهر أحق به . فعلى المذهب ، لو كان لجماعة ، فهو بينهم ، على حسب العمل والنفقة ؛ فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايا أو غيرها ، جاز ، وإن تشاحوا فى قسمته ، قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم ؛ فإخذ خشبة صلبة ، أو حجراً مستوياً الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستور من الأرض فى مضدم الماء ، فيه حوز ، أو ثقب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم ، يخرج من حوز أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل فى ساقيته ، فله أن يسقى به ما شاء من الأرض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن ، وله أن يعطيه من يسقى به . هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى « المعنى » ، و « الشرح » ، ونصراه ، وقدمه أيضاً فى « المحرر » ، و « النظم » ، و « الفروع » ، وغيرهم ، فى باب القسمة . ويأتى بعض ذلك مصرحاً به فى كلام المصنف ، فى باب القسمة . وقال القاضى : ليس له سقى أرض له رسم شرب من هذا الماء . انتهى . ولكل واحد من الشركاء أن

الإصناف

(١) فى م : لغير صاحبه .

(٢) فى م : لأن .

يَمْلِكُ مِنَ النَّهْرِ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، فَيُؤْخَذُ خَشَبَةً ، أَوْ حَجَرٌ مُسْتَوِى الطَّرْفَيْنِ
وَالْوَسَطُ فَيُوضَعُ عَلَى مَوْضِعٍ مُسْتَوٍ مِنَ الْأَرْضِ فِي مَضْدَمِ الْمَاءِ ، فِيهِ خُرُوزٌ
أَوْ ثُقُوبٌ مُتَسَاوِيَةٌ فِي السَّعَةِ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ يَخْرُجُ^(١) مِنْ كُلِّ^(٢) حَزٍّ أَوْ
ثُقْبٍ^(٣) إِلَى^(٤) سَاقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ فِي سَاقِيَتِهِ ،
انْفَرَدَ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَمْلاكُهُمْ مُخْتَلَفَةً ، قُسِمَ عَلَى قَدْرِ ذَلِكَ ، فَإِذَا كَانَ
لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ ، وَلِلثَانِي ثُلُثُهُ ، وَلِلثَالِثِ سُدُسُهُ ، جُعِلَ فِيهِ سِتَّةُ ثُقُوبٍ ؛
لِلصَّاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةُ نُصُبٍ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَلِلصَّاحِبِ الثُّلُثِ اثْنَانِ ،
وَلِلصَّاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدٌ . فَإِنْ كَانَ لِوَاحِدٍ الْخُمُسَانِ ، وَالْبَاقِي لاثْنَيْنِ
عَلَى السَّوَاءِ ، جُعِلَ عَشْرَةُ ثُقُوبٍ ؛ لِلصَّاحِبِ الْخُمُسَيْنِ أَرْبَعَةُ نُصُبٍ فِي
سَاقِيَتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةٌ . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةٍ ، لَخُمْسَةِ
مِنْهُمْ أَرْضٌ [١٧٢/٥ ط] قَرْيَةً^(٥) مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلَخُمْسَةِ أَرْضٌ بَعِيدَةٌ ،
جُعِلَ لِأَصْحَابِ الْقَرْيَةِ خُمْسَةُ ثُقُوبٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُقْبٌ ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ
خُمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً

[٢٢٧/٢ و] يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِ بِمَا أَحَبَّ ؛ مِنْ عَمَلٍ رَحَى عَلَيْهَا ، أَوْ
دَوْلَابٍ ، أَوْ غَبَارَةٍ ؛ وَهِيَ خَشَبَةٌ تُمَدُّ عَلَى طَرِيقِ النَّهْرِ ، أَوْ قِطْرَةٍ يُعْبَرُ الْمَاءُ فِيهَا ،
وغير ذلك مِنَ التَّصَرُّفَاتِ . فَأَمَّا النَّهْرُ الْمُشْتَرَكُ ؛ فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) في ر ١ : « خرق أو ثقب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « الرية » .

أُخْرَى . فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةٍ غَيْرِهِ لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يَجْزُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَيَخْرُبُ حَاقَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَخْلِطُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ . وَيَجِبُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الْأَسْبَقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَضْلِ كُلُّهُ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَتِهِ ^(١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا رَسْمٌ شُرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِي بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شُرِبَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّ لَهَا قِسْمًا مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ ^(٢) سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لِذَلِكَ ، فَيَسْتَضِيرُّ الشُّرَكَاءُ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأُثْبَاهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْتَفِذُ ، وَدَارٌ بِأُثْبَاهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مُلَاصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الْأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِطْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الدَّارَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مَاءٌ أَنْفَرَدَ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ مِنْهُ مَا شَاءَ ، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَ بِهِ مِنْ أَصْلِهِ . وَلَا نُسَلِّمُ مَا ذَكَرَهُ

فِيهِ بَشْيَءٌ مِنْ ذَلِكَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : هَلْ لَهُ أَنْ يَنْصِبَ عِبَارَةً يَجْرِي الْمَاءُ فِيهَا

(١) فِي م : « سَاقِيَةٍ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « حَصَلَ » .

الشرح الكبير

فِي الدَّارَيْنِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ كُلَّ دَارٍ يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَى دَرْبٍ مُشْتَرَكٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِكُلِّ دَارٍ سُكَانًا ، فَيَجْعَلُ لِسُكَّانِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا اسْتِطْرَاقًا إِلَى دَرْبٍ غَيْرٍ نَافِذٍ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ فِي اسْتِطْرَاقِهِ ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَسْقَى مِنْ سَاقِيَتِهِ الْمُفْرَدَةِ الَّتِي لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا ، فَلَوْ صَارَ لِتِلْكَ الْأَرْضِ رَسْمٌ مِنَ الشَّرْبِ مِنْ سَاقِيَتِهِ لَمْ يَتَصَرَّفْ بِذَلِكَ أَحَدٌ . وَلَوْ كَانَ يَسْقَى مِنْ هَذَا النَّهْرِ بِدُولَابٍ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَسْقَى بِذَلِكَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ مِنْ ذَلِكَ النَّهْرِ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ كَانَ الدُّوْلَابُ يَعْرِفُ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، جَازَ أَنْ يَسْقَى بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ مِنْهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . فَإِنْ ضَاقَ الْمَاءُ ، قُدِّمَ الْأَسْبَقُ [١٧٣/٥] فَالْأَسْبَقُ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي سَاقِيَتِهِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِ بِمَا أَحَبَّ مِنْ إِجْرَاءٍ ^(١) غَيْرِ هَذَا الْمَاءِ فِيهَا ، أَوْ عَمَلٍ رَخِيَ عَلَيْهَا ، أَوْ دُولَابٍ ، أَوْ عَبَّارَةٍ ، وَهِيَ خَشَبَةٌ تُمَدُّ عَلَى طَرَفِي النَّهْرِ ، أَوْ قَنْطَرَةٌ يَعْبُرُ فِيهَا الْمَاءُ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَلَا حَقٌّ فِيهَا لِغَيْرِهِ . فَأَمَّا النَّهْرُ الْمُشْتَرَكُ ، فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفٌ فِي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ ، أَوْ فِي حَرِيمِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ شُرَكَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْعَبَّارَةِ : هَذَا يَنْبَغِي عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي مَنْ أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ .

الإنصاف

مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . نَصٌّ عَلَيْهِمَا فِي مَنْ أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لِيَسْقَى زَرْعَهُ ، وَكَانَ بِهِ حَاجَةٌ إِلَيْهِ ، هَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . زَادَ ابْنُ عَقِيلٍ ،

(١) بَعْدَهُ فِي م : مَاءٌ .

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ هَهُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ إِجْرَاءَ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ يَنْفَعُ صَاحِبَهَا ، لِأَنَّهُ يَسْقِي غُرُوقَ شَجَرِهِ ، وَيَشْرِبُهُ أَوْ لَا وَآخِرًا . وَهَذَا لَا يَنْفَعُ النَّهْرَ ، بَلْ رُبَّمَا أَفْسَدَ حَاقَتِيهِ ، وَلَا يَسْقِي لَهُ شَيْئًا . وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُ الشَّرَكَاءِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ النَّهْرِ قَبْلَ قَسْمِهِ شَيْئًا يَسْقِي بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ، أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرُهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يُجْزَ ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْخَاصِّ فِي نَهْرِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رُبَّمَا اخْتِاجَ إِلَى تَصَرُّفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لَغَيْرِهِ ، أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى أَرْضِ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ، كَالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَايَاقِ ، جَازَ ، إِذَا تَرَاضَوْا بِهِ وَكَانَ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا الْوَاحِدَ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى الزَّوَالِ ، وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكْنَ ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ، فَأَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمُ شُرْبٍ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤَثِّرَ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يُقَرِّضَهُ إِيَّاهُ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازَ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا

الإِنصاف الأصحُّ الْمَنَعُ . وَكَذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ هُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ .

تَقَدَّمَ . وإن أراد صاحبُ التَّوْبَةِ أَنْ يُجَرِّىَ "مع مائه ماءً له آخَرَ ، يَسْقَى به أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمٌ شَرْبٍ مِنَ النَّهْرِ " ، أَوْ أَرْضًا لَهُ أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَهُ إِنْسَانٌ "أَنْ يُجَرِّىَ" لَهُ مَاءً مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ لِيُقَاسِمَهُ [١٧٣/٥ ط] إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجَرِّىَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَخْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي نَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِذَلِكَ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَتْنِعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مِثْلَ أَنْ اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِنْبَاطِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ، لِأَنَّ ذَلِكَ إِحْيَاءٌ لَهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا وَفِي سَاقِيَّتِهَا عَلَى حَسَبِ مَا أَنْفَقُوا عَلَيْهَا وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي النَّهْرِ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ثُمَّ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ بُسْتَانَهُ صَيِّدٌ ، وَهَهُنَا يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ (٣) . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشَرْبِهِ وَوَضُوءِهِ وَغُسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ فِي أَشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُؤْثَرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوِّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَحِلُّ (٤)

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ مَاءٌ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ » .

(٢ - ٢) مَقْطَعٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) انْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي : ٧٨/١١ .

(٤) فِي م : « يَحْصِلُ » .

لصاحبه المنع من ذلك ؛ لما روى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ ؛ رَجُلٌ كَانَ يَفْضُلُ مَاءً بِالطَّرِيقِ فَمَنْعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رواه البخاري^(١) . وعن بُهَيْسَةَ ، عن أبيها ، أنه قال : يا نبي الله ، ما الشيء الذي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : « الْمَاءُ » . قال : يا نبي الله ، ما الشيء الذي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : « الْمِلْحُ » . قال : يا نبي الله ، ما الشيء الذي لَا يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرَ لَكَ » . رواه أبو داود^(٢) . ولأن ذلك لَا يُؤْتَرُ فِي الْعَادَةِ ، وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . وأما ما يُؤْتَرُ ، كسقي الماشية الكثيرة ، فإن فضل عن حاجته ، لزمه بذله ، وإلا لم يلزمه ، وقد ذكرناه .

فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركة بين جماعة ، فأرادوا إكراهه ، أو سدَّ شق^(٣) فيه ، أو إصلاح حائطه ، أو شيء منه ، كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض ، اشترك الكل في إصلاحه وإكراهه ، إلى أن يصلوا إلى الأول ، ثم لا شيء على الأول ، ويشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ، ثم يشترك من بعده كذلك ، كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم ، لم يكن عليه فيما بعده [١٧٤/٥]

(١) في : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٥/٣ .
 كأخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . وابن ماجه ، في :
 باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٤/٢ .
 (٢) تقدم تحريجه في صفحة ١٠٠ .
 (٣) في م : ١ يفتي .

وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُحْيِيَ أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ ، تَرَعَى فِيهَا دَوَابُّ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . وَلَيْسَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ .

الشرح الكبير

شئاً . وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ فِي إِكْرَائِهِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ مَا جَاوَزَ الْأَوَّلُ مَصَبُّ لَمَانِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْقِ أَرْضَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بِالْمَاءِ الَّذِي فِي مَوْضِعِ شُرْبِهِ ، وَمَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بِالِانْتِفَاعِ (١) مِنْ دُونِهِ ، فَلَا يُشَارِكُهُمْ فِي مُؤْنَتِهِ ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُمْ فِي نَفْعِهِ . فَإِنْ كَانَ يُفْضَلُ عَنْ جَمِيعِهِمْ مِنْهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مَضْرَفٍ ، فَمُؤْنَتُهُ عَلَى جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَشْتِرَاكِهِمْ فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ ، فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ ، كَأَوَّلِهِ .

٢٤٨٨ - مسألة : (ولِلْإِمَامِ أَنْ) يُحْيِيَ (أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ ، تَرَعَى فِيهَا دَوَابُّ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ) وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ (لِغَيْرِهِ) مَعْنَى الْحِمَى ، أَنْ يُحْيِيَ أَرْضًا ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَعَى حَشِيشِهَا ، لِيَخْتَصَّ بِهَا . وَكَانَتِ الْعَرَبُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَعْرِفُ ذَلِكَ ، فَكَانَ مِنْهُمْ مَنْ إِذَا انْتَجَعَ بَلَدًا أَقَامَ كَلْبًا عَلَى نَشْرِهِ ، ثُمَّ اسْتَعْوَاهُ ، وَوَقَفَ لَهُ مِنْ كُلِّ نَاجِيَةٍ مَنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ بِالْعَوَاءِ ، فَحَيْثُ انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ مِنْ كُلِّ نَاجِيَةٍ لِنَفْسِهِ ، وَيَرَعَى مَعَ النَّاسِ فِيمَا سِوَاهُ . فَتَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ ؛ لِمَا

الإنصاف

(١) بعده في م : ١ به ٤ .

فِيهِ مِنَ التَّضْيِيقِ عَلَى النَّاسِ وَمَنْعِهِمْ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِشَيْءٍ لَهُمْ فِيهِ حَقٌّ ، فَرَوَى الصَّعْبُ بْنُ جَحَّامَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ ؛ فِي الْمَاءِ ، وَالتَّارِ ، وَالْكَلَأِ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ ^(٢) . فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ أَنْ يَحِمِيَ سِوَى الْأَئِمَّةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . فَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَقَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يَحِمِيَ لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِقَوْلِهِ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . وَلَمْ يَحِمِ لِنَفْسِهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا حِمَى لِلْمُسْلِمِينَ ، فَرَوَى ابْنُ عُثْمَرَ ، قَالَ : حَمَى النَّبِيُّ ﷺ التَّقِيْعَ لَخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ^(٣) . وَالتَّقِيْعُ ، بِالتَّوْنِ : مَوْضِعٌ يَنْتَقِعُ فِيهِ الْمَاءُ ، فَيَكْثُرُ فِيهِ الْخَضْبُ ؛ لِمَكَانِ الْمَاءِ الَّذِي يَصِيرُ فِيهِ . وَأَمَّا سَائِرُ أَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا لَأَنْفُسِهِمْ شَيْئًا ، وَلَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا مَوَاضِعَ لَتَرَعَى فِيهَا خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ ، وَنَعْمَ الْجَزِيَّةُ ، وَإِلِلُ الصَّدَقَةِ ، وَضَوَالُ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ الْإِمَامُ بِحِفْظِهَا ، وَمَا شِئَةُ الضَّعِيفِ مِنَ النَّاسِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَضِرُّ بِهِ مَنْ [١٧٤/٥ ظ] سِوَاهُ مِنَ النَّاسِ . وَبِهَذَا

- (١) في : باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .
 كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدار بيتون من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧٣ ، ٧١ .
 (٢) تقدم تفريجه في ٨٠/١١ .
 (٣) في : باب حمى الأرض ذات الكلاء والماء . الأموال ٢٩٨ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي في صحيح قوله . وقال في الآخر : ليس لغير النبي ﷺ أن يخمي ؛ لقوله : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » .
 ووجه الأول ، أن عمر وعثمان حميا ، واشتهر ذلك في الصحابة ، فلم يُنكر عليهما ، فكان إجماعا ، فروى أبو عبيد^(١) ، بإسناده ، عن عامر ابن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه ، قال : أتى أعرابي عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الإسلام ، علام تخميها ؟ قال : فأطرق عمر ، وجعل ينفخ وينفخ شاربه وكان إذا كربه أمر قتل شاربه ، ونفخ . فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شيئا في شبر . قال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفا من الظهر . وعن أسلم قال : سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة^(٢) : يا هني ، اضمم جناحك عن الناس ، واتق دغوة المظلوم فإنها مجابة ، وأذخل رب الصريمة والعنينة ، ودغني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان ، فإنهما إن هلكتا ما شيئتهما رجعا إلى نخل وزرع ، وإن هذا المسكين إن هلك ما شيئته جاء يضرخ : يا أمير المؤمنين . فالكلاء أهون على أم غرم الذهب والورق ، إنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية ، وأسلموا عليها

(١) في : الأموال ٢٩٩ .

(٢) الربذة : موضع قرب المدينة .

الفتح وَمَا حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ .

الشرح الكبير

في الإسلام ، وإنهم ليرَوْنَ أَنَا نَظَلْمُهُمْ ، ولولا النِّعَمُ الَّتِي نَحْمِلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ عَلَى النَّاسِ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئاً أَبَداً^(١) . وهذا إجماعٌ منهم . ولأنَّ ما كان لمصالحِ المسلمين ، قامتِ الأئمةُ فيه مقامَ رسولِ اللَّهِ ﷺ ؛ فقد رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا^(٢) جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ »^(٣) . والخبرُ مَخْصُوصٌ . وما حمَاهُ لِنَفْسِهِ يُفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ صَلَاحَهُ يَعُودُ إِلَى صَلَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَالُهُ كَانَ يَرُدُّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ . وليس لهم أن يَحْمُوا إِلَّا قَدْرًا لَا يُضَيِّقُ عَلَى^(٤) الْمُسْلِمِينَ وَيُضَرُّ بِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَازَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ لِمَا يَحْيِي ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ إِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى أَكْثَرِ النَّاسِ .

٢٤٨٩ - مسألة : (وما حمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَلَيْسَ [١٧٥/٥] لِأَحَدٍ نَقْضُهُ) وَلَا تَغْيِيرُهُ مَعَ بَقَاءِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا حَكَّمَهُ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ نَصٌّ

الإيضاح

قوله : وما حمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ . بلا نزاع . وسواء كان النَّبِيُّ ﷺ^(٥) ، حمَاهُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ ، وَهَذَا مَعَ^(٥) بَقَاءِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَمَنْ أَحْيَا

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ... إلخ ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ٨٧/٤ .

(٢) في م : « لا » .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب صفات رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٤) في م : « عن » .

(٥) سقط من : الأصل .

وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

المقنع

الشرح الكبير

لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ بِالاجْتِهَادِ . وَمَنْ أَحْيَاهُ مِنْ شَيْءٍ لَمْ يَمْلِكْهُ . وَإِنْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَأَمَّا (مَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ) فَغَيْرُهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ ، جَاز . وَإِنْ أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ، مَلَكَهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ حَسَى الْأُئِمَّةِ اجْتِهَادًا ، وَمِلْكُ الْأَرْضِ بِالْإِخْيَاءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدِّمُ عَلَى الْجَهْدِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ اجْتِهَادُ الْإِمَامِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ الْجَهْدُ فِي حِمَاةِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلِهَذَا مَلَكَ الْحَامِي نَقْضَهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، لَكِنْ لَوْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِي » . وَقِيلَ : يَجُوزُ نَقْضُهُ . وَالْحَالَةُ هَذِهِ .

قَوْلُهُ : وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ نَقْضُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْفَاتِي » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسَّ فِي تَذَكُّرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَمْلِكُ مُخَيِّبُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ . صَحَّحَهُ فِي

« الفائق » . وجزم به في « الكافي » . « قال الشارح : وهو أولى » . وقيل : لا يملكه . وأطلقهما « في » المغنى » ، و « المحرر »^(١) ، و « الفروع » ، و « الرعاية » . قال في « الفروع » : ويتوجه في بعض الإطلاقات الخلاف ونقل حرب ، القطائع جائزة ، وأنكر شديد أقول مالك : لا بأس بقطائع الأمراء . وقال : يزعم أنه لا بأس بقطائعهم . وقال في رواية يعقوب : قطائع الشام ، والعجيرة ، من المكروهة ، كانت لنبى أمية ، فأخذها هؤلاء . ونقل محمد بن داود^(٢) ، ما أذكرى ما هذه القطائع ؟ يُخرجونها ممن شاعوا . قال أبو بكر : لأنه يملكها من أقطعها ، فكيف تخرج منه ؟

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) محمد بن داود بن صبيح المصيصي ، أبو جعفر ، كان من خواص أصحاب الإمام أحمد ورؤسائهم ، وكان يكرمه ويحدثه بأشياء لا يحدث بها غيره . وحدث عن الإمام بمسائل كثيرة مصنفة على نحو مسائل الأثرم . انظر : طبقات الختابة ٢٩٦/١ ، ٢٩٧ ، تهذيب التهذيب ١٥٤/٩ .

بَابُ الْجَعَالَةِ

الشرح الكبير

بَابُ الْجَعَالَةِ^(١)

الْجَعَالَةُ أَنْ يَجْعَلَ جُعْلًا مِنْ رَدِّ آيَةٍ أَوْ ضَالَّةٍ ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ
 تُوْبٍ ، وَسَائِرٍ مَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَمَالِكٍ ،
 وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٢) . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّ
 نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَتَوْا أَحْيَاءَ مِنَ أَهْلِ الْعَرَبِ ، فَلَمْ يَقْرُؤْهُمْ ،
 فَبَيَّنَّا لَهُمْ كَذَلِكَ إِذْ لَدَغَ سَيْدُ أُولَئِكَ ، فَقَالُوا : هَلْ فِيكُمْ رَاقٍ ؟ فَقَالُوا :
 لَمْ تَقْرُؤْنَا ، فَلَا نَفْعُ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا . فَجَعَلُوا لَهُمْ قَطِيعَ شِيَاءٍ ، فَجَعَلَ
 رَجُلٌ مِنْهُمْ يَقْرَأُ بِأَمْرِ الْقُرْآنِ ، وَيَجْمَعُ بُزَاقَهُ وَيَتَّقِلُ ، فَيَرَى الرَّجُلَ ، فَاتُوهُمْ
 بِالشَّاءِ . فَقَالُوا : لَا نَأْخُذُهَا حَتَّى نَسْأَلَ عَنْهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَسَأَلُوا
 النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « وَمَا أَذْرَاكَ أَنْهَا رَقِيقَةٌ ؟ خُذُوهَا ، وَاضْرِبُوا إِلَى مَعَكُمْ
 بِسَهْمٍ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٣) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الْعَمَلَ
 قَدْ يَكُونُ مَجْهُولًا ، كَرَدِّ الضَّالَّةِ وَالْآيَةِ ، فَلَا تَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، وَقَدْ

الإنصاف

بَابُ الْجَعَالَةِ

(١) سقط هذا الباب من المطبوعة .

(٢) سورة يوسف ٧٢ .

(٣) تقدم ترجمته في ٣٨١/١٤ .

وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لُقِطْتِي ، أَوْ بَنَى لِي
هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا .

لَا يَجِدُ مَنْ يَتَّبِعُ بِهِ ، فَذَعَبَ الْحَاجَةُ إِلَى بَذْلِ الْعَوَضِ فِيهِ مَعَ جَهَالَةِ
الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِجَارَةَ لَمَّا
كَانَتْ لَازِمَةً ، افْتَقَرَتْ إِلَى تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، وَالْعُقُودُ الْجَائِزَةُ كَالشَّرَكَةِ وَالْوَكَالَةِ
لَا يَجِبُ [١٧٥/٥ ط] تَقْدِيرُ مُدَّتِهَا ، لِأَنَّ الْجَائِزَةَ ^(١) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
تَرَكَهَا ، فَلَا يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَلْزَمَهُ مَجْهُولٌ ، بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ .

٢٤٩٠ - مسألة : (وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لُقِطْتِي ،
أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا) فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا ،
لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ .

فَائِدَةٌ : قَوْلُهُ ، وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لُقِطْتِي ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا
الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ زَيْدٌ شَيْئًا مَعْلُومًا لِمَنْ يَعْمَلُ
لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، أَوْ مَجْهُولًا مُدَّةً مَجْهُولَةً . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهِيَ فِي اصْطِلَاحِ
الْفُقَهَاءِ ، جَعْلُ الشَّيْءِ مِنَ الْمَالِ لِمَنْ يَفْعَلُ أَمْرًا كَذَا . قَالَ : وَهَذَا أَعْمُ مِمَّا قَالَ
الْمُصَنِّفُ ؛ لِتَنَازُلِهِ الْفَاعِلَ الْمُتَّبِعَ وَالْمُعَيَّنَ ، وَمَا قَالَ لَا يَتَنَازُلُ الْمُعَيَّنَ . انْتَهَى .
قُلْتُ : لِكَيْتِهِ يَدْخُلُ بِطَرِيقِ أَوَّلَى .

تَنْبِيْهٌ : قَوْلُهُ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي . يَقْتَضِي صِحَّةَ الْعَقْدِ فِي رَدِّ الْآبِقِ . وَسَيَأْتِي آخِرَ
الْبَابِ ، أَنَّ لِرَدِّ الْآبِقِ جُعْلًا مُقَدَّرًا بِالشَّرْعِ . فَالْمُسْتَفَادُ إِذْنٌ بِالْعَقْدِ ، مَا زَادَ عَلَى

(١) سقط من : الأصل .

فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ اسْتَحَقَّهُ .

المقنع

٢٤٩١ - مسألة : (فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ ، اسْتَحَقَّهُ) لِمَا

المُقَدَّرِ الْمَشْرُوعِ . فوجودُ الْجَعَالَةِ يُوجِبُ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُقَدَّرِ وَالْمَشْرُوطِ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ . ^(١) « وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْبَرِ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا مَا شَرَطَهُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ دِينَارٍ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ^(٢) .

فائدة : الْجَعَالَةُ تَوْعٌ إِجَارَةٌ ؛ لَوْقُوعِ الْعَوَضِ فِي مُقَابَلَةِ مَنَفَعَةٍ ، وَإِنَّمَا تُمَيِّزُ بِكَوْنِ الْفَاعِلِ لَا يَلْتَزِمُ الْفِعْلُ ، وَبِكَوْنِ الْعَقْدِ قَدْ يَفْعُ مَبْهُمَا لَا مَعَ مُعَيَّنٍ ، وَبِجَوَازِ فِي الْجَعَالَةِ الْجَمْعُ بَيْنَ تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ وَالْعَمَلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا . كَالِإِجَارَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ أَيْضًا .

قوله : فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ ، اسْتَحَقَّهُ . بِلَا نِزَاعٍ . فَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً ، فَهُوَ بَيْنَهُمُ بِالسَّوِيَّةِ . وَإِنْ بَلَغَهُ فِي أَثْنَائِهِ ، اسْتَحَقَّ بِالْقِسْطِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجُعْلُ ، كَانَ لَهُ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَإِلَّا قِيمَتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِذَا عَيَّنَ عَوَضًا ، مَلَكَهُ بِفَرَاغِ الْعَمَلِ ، فَلَوْ تَلَفَ ، فَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ .

فائدة : لَوْ رَدَّهُ مِنْ نِصْفِ الطَّرِيقِ الْمُعَيَّنَةِ ، أَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدَيْ . فَرَدَّ أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الْجُعْلِ . ^(١) وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ ثُلُثِ الطَّرِيقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلُثُ ، وَمِنْ ثُلَاثِ الطَّرِيقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلَاثِينَ . فَيَسْتَحِقُّ ، إِذَا رَدَّهُ مِنْ أَقْرَبِ مِنَ الْمَوْضِعِ الَّذِي عَيَّنَهُ ، بِالْقِسْطِ ^(٢) ، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ مَسَافَةٍ أَبْعَدَ مِنَ الْمُعَيَّنَةِ ، فَلَهُ الْمُسَمَّى لَا غَيْرُ . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَتَبِعَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

المفتي وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ .

الشرح الكبير

ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَةِ وَحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ . وَلِأَنَّهُ عِوَضٌ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ ، فَلَا يُسْتَحَقُّهُ مَنْ لَمْ يَعْمَلْ ، كَالْأَجْرَةِ فِي الْإِجَارَةِ .

٢٤٩٢ - مسألة : (وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْجُعْلَ لَوَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَقُولَ : إِنْ رَدَدْتَ عَبْدِي ، فَلَكَ دِينَارٌ . فَلَا يُسْتَحَقُّ الْجُعْلُ مَنْ رَدَّهُ سِوَاهُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَهُ لْغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَيَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَمَنْ رَدَّهُ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهِ شَيْئًا مَعْلُومًا ، وَلَا آخَرَ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْمُعَيَّنِ عِوَضًا ، وَلِسَائِرِ النَّاسِ عِوَضًا آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَجْرُ^(١) فِي الْإِجَارَةِ مُخْتَلِفًا مَعَ التَّسَاوِي فِي الْعَمَلِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . فَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ لَقَطْتَنِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهَا ثَلَاثَةً ، فَلَهُمُ الدِّينَارُ بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعِوَضُ ، فَاشْتَرَكُوا فِي الْعِوَضِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ هَذَا الثَّقَبَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَدَخَلَهُ جَمَاعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِينَارًا كَامِلًا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ هَهُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخُولًا كَامِلًا ، كَدُخُولِ الْمُتَفَرِّدِ ، فَاسْتَحَقَّ الْعِوَضَ كَامِلًا ، وَهَهُنَا لَمْ يَرُدَّهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ كَامِلًا ، إِنَّمَا اشْتَرَكُوا فِيهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي عِوَضِهِ . فَتَنْظِيرُ مَسْأَلَةِ الدُّخُولِ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَبْدًا .

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

وَنَظِيرُ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ نَقَبَ السُّورَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَتَقَبَ ثَلَاثَةٌ نَقَبًا وَاحِدًا ، فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهَا دِينَارًا ، وَلِآخَرَ دِينَارَيْنِ ، وَلِثَالِثٍ ثَلَاثَةً ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثٌ مَا جَعَلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْمُسَمَّى . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ دِينَارًا ، وَلِآخَرَيْنِ عَوَضًا مَجْهُولًا ، فَرَدُّهُ مَعًا ، فَلصَاحِبِ الدِّينَارِ ثُلُثُهُ ، وَلِلآخَرَيْنِ أَجْرُ عَمَلِهِمَا . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ شَيْئًا فِي رَدِّهَا ، فَرَدُّهَا هُوَ وَآخَرَانِ مَعَهُ^(١) ، وَقَالُوا : رَدَدْنَاهَا مُعَاوَنَةً لَهُ . اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْجُعَلِ ، وَلَا شَيْءَ لَهَا . وَإِنْ [١٧٦/٥] قَالَا : رَدَدْنَاهَا لِنَأْخُذَ الْعَوَضَ لِأَنْفُسِنَا . فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَلَهُ ثُلُثُ الْجُعَلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْجُعَلِ ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْآخَرَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا عَمِلَا مِنْ غَيْرِ جُعَلٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ بَلَدٍ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ مِنْ نِصْفِ طَرِيقِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْجُعَلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ أَحَدُهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدٍ عَبْدِيهِ شَيْئًا^(٢) مُعِينًا فَرَدَّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحَقَّ شَيْئًا ؛

وَمَنْ فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحِقَّهُ ، سَوَاءَ رَدَّهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ
أَوْ بَعْدَهُ .

لأنه شرط الجعل برده ، ولم يرده . وكذلك لو مات . كما لو استأجر
لخياطة ثوب ، فخاطه ولم يسلمه حتى تلف ، لم يستحق أجره . فإن قيل :
فإن كان الجاعل قد قال : مَنْ وَجَدْتُ لِقَطْعِي فَلَهُ دِينَارٌ . فقد وجد الوجدان ؟
قلنا : قرينة الحال تدل على اشتراط الرد إذ المقصود الرد لا الوجدان
المجرد ، وإنما اكتفى بذكر الوجدان ؛ لأنه سبب الرد ، فصار كأنه
قال : مَنْ وَجَدْتُ لِقَطْعِي فَرَدَّهَا عَلَيَّ فَلَهُ دِينَارٌ .

٢٤٩٣ - مسألة : (وإن فعله قبل ذلك لم يستحقه ، سواء رده قبل
بلوغه الجعل أو بعده) إذا التقط لقطعة قبل أن يبلغه الجعل ، لم يستحق
الجعل ؛ لأنه التقطها بغير عوض ، وعمل في مال غيره بغير جعل
جعل^(١) له ، فلم يستحق شيئا ، كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا .
وفارق الملتقط بعد بلوغ الجعل ، فإنه إنما بذل منافعه بعوض جعل
له ، فاستحقه ، كالأجير إذ عمل بعد العقد . وسواء كان التقاطها لها بعد
الجعل أو قبله ؛ لما ذكرناه . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ لأن الرد
واجب عليه من غير عوض ، فلم يجوز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر
الواجبات ، وسواء ردها قبل العلم بالجعل أو بعده ؛ لذلك ، وإنما يأخذ
الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضا عن الالتقاط المباح .

(١) سقط من : الأصل .

وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا .

٢٤٩٤ - مسألة : (وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا) لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، فَجَازٌ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ فِيهَا [١٧٦/٥ ط] مَجْهُولًا وَالْمُدَّةُ مَجْهُولَةً ، كَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ ، وَلِأَنَّ الْجَائِزَةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسَخُّهَا ، فَلَا يُؤْدِي إِلَى أَنْ يُلْزَمَهُ مَجْهُولٌ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، وَكَذَلِكَ الْمُدَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يَعْلَمُ مُوَضِعَ الصَّالَةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى جِهَالَةِ الْعِوَضِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَصِيرُ لَازِمًا ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعِوَضُ يَصِيرُ لَازِمًا بِإِتِمَامِ الْعَمَلِ ، فَاشْتَرَطَ الْعِلْمُ بِهِ . قَالَ

قوله : وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا . الإِنصَافُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا ، كَالْأَجْرَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَعْنَى » ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعِوَضِ ، إِذَا كَانَ الْجَهْلُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقَ ، فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي ، فَلَهُ ثُلُثُهَا . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْغَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ رُغُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازٌ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَذُلُّهُ [٢٢٧/٢ ط] عَلَى قَلْعَةٍ أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، كَجَارِيَةٍ بَعَيْنِهَا ، جَازٌ . فَيُخَرَّجُ هُنَا مِثْلُهُ . انْتَهَى . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : يُشْتَرَطُ كَوْنُ

(١) انظر المعنى ٣٢٤/٨ .

شيخنا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِيحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ ، إِذَا كَانَتْ جَهَالَةً لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبَقِ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ أَرْؤُسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَذُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، كَجَارِيَةٍ يُعِينُهَا^(٢) الْعَامِلُ . جَازَ . فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجَعَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِيحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . فَعَلَى هَذَا ، يَسْتَحِقُّ الْعَامِلُ أَجْرَ الْمِثْلِ ، لِأَنَّهُ عَمِلَ عَمَلًا بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ .

الْجُعْلُ مَقْلُومًا ، فَإِنْ شَرَطَ عَوَضًا مَجهولًا فَسَدَ الْعَقْدُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَكَ ثُلُثُ الضَّالَّةِ ، أَوْ رُبُعُهَا . صَحَّ ، عَلَى مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الثَّوْبِ يَنْسَجُ بِثُلُثِهِ . وَالزَّرْعُ يُخَصَّدُ ، وَالتَّخْلُ يُضْرَمُ بِسُذْبِهِ ، لَا بِأَسْ بِهِ ، وَفِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ أَرْؤُسٍ ، فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَعِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، لَا يَصِحُّ ، وَلِلْعَامِلِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَجْهًا بِجَوَازِ الْجَهَالَةِ الَّتِي لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، وَنَظَرَ بِمَسْأَلَةِ الثَّلَاثِ ، وَاسْتَشْهَدَ بِنُصْبِهِ الَّذِي حَكَمْنَاهُ فِي الْعَزْوِ ، وَبِمَا إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَذُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجهولًا ، كَجَارِيَةٍ يُعِينُهَا الْعَامِلُ . قَالَ : فَيُخْرَجُ هُنَا

(١) فِي : الْمُغْنَى ٨/ ٣٢٤ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

فصل : وكل ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة ، جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ، وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة إسن الأعمال ، جاز أخذه عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، كالغناء^(١) ، والزمر ، وسائر المحرمات ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله ؛ كالصلاة والصيام ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، فأمّا ما يتعدى نفعه ؛ كالأذان والحج ، ففيه وجهان ، كالروايتين في الإجارة . ويفارق الإجارة في أنها عقد جائز ، وهي عقد لازم ، وأنه لا يعتبر العلم بالمدق ، ولا بمقدار العمل ، ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، وقد ذكرناه .

مثله . انتهى . ^(٢) وقد قطع في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، مع اشتراطهم أن يكون الجعل معلوماً ، فظاهره ، أن جعل جزء مشاع من الضالة ، ليس بمجهول^(٣) .

فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم ، لم تصح الجعالة ، قولاً واحداً ، ويستحق أجره المثل مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . وقيل في ردّ الأبق ، المقدّر سرعاً . ^(٤) وكذا إن كانت لا تمنع التسليم . على المذهب ، كما تقدم ، وله أجره المثل^(٥) .

(١) في ٢ : « كالغناء » .

(٢-٣) سقط من : الأصل ، ط .

فصل : فإن كان العمل معلوماً ، مثل أن يقول : من ردَّ عبدي من البصرة . أو : بنى لي هذا الحائط . أو : خاط قميصى هذا ، فله كذا . صحَّ ؛ لأنه إذا صحَّ مع الجهالة ، فمع العلم أولى . وإن علَّقه بمدة معلومة ، فقال : من ردَّ عبدي من العراق في شهر فله دينار . أو : من خاط قميصى في هذا اليوم فله درهم . صحَّ ؛ لأنَّ المدة إذا [١٧٧/٥ ر] جازت مجهولة ، فمع التقدير أولى . فإن قيل : مثل هذا لا يجوز في الإجارة ، في الصحيح من المذهب ، فكيف جاز في الجعالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه ؛ أحدها ، أنَّ الجعالة يحتل فيها العرر ، وتجاوز مع جهالة العمل والمدة ، بخلاف الإجارة . الثاني ، أنَّ الجعالة عقد جائز ، فلا يلزم بالدخول فيها مع العرر ضرر ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع العرر ، لزمه ذلك . الثالث ، أنَّ الإجارة إذا قُدرت بمدة ، لزمه العمل في جميعها ، ولا يلزمه بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمِله قبل المدة ، فإن قلنا : لا يلزمه . فقد خلا بعض المدة من العمل ، وإن انقضت المدة قبل عمِله ، فالزمناء

فائدة : لو قال : من داوى لي هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده ، فله كذا . لم يصح مطلقاً . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الرعايتين » ، و « الجاوى الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . واختاره القاضي . وقيل : تصح جعالة . اختاره ابن أبي موسى ، والمصنف . نقله الزركشي في الإجارة . وقيل : تصح إجارة .

وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [١٤٩ر] فَسَخَّهَا . فَمَتَى
فَسَخَّهَا الْعَامِلُ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، وَإِنْ فَسَخَّهَا الْجَاعِلُ بَعْدَ
الشُّرُوعِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ عَمَلِهِ .

إِتِمَامُ الْعَمَلِ "فَقَدْ لَزِمَهُ الْعَمَلُ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا . وَإِنْ قُلْنَا :
لَا يَلْزِمُهُ الْعَمَلُ" . فَمَا أَتَى بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مِنَ الْعَمَلِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ،
فَإِنَّ الْعَمَلَ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الْجُعْلَ عَمَلٌ مُقَيَّدٌ بِمُدَّةٍ ، إِنْ أَتَى بِهِ فِيهَا اسْتَحَقَّ
الْجُعْلَ ، وَلَمْ يَلْزِمْهُ شَيْءٌ آخَرُ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهِ فِيهَا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ .

٢٤٩٥ - مسألة : (وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسَخَّهَا .
فَمَتَى فَسَخَّهَا الْعَامِلُ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، وَإِنْ فَسَخَّهَا الْجَاعِلُ بَعْدَ
الشُّرُوعِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ عَمَلِهِ) لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا . فَمَتَى
فَسَخَّهَا الْعَامِلُ قَبْلَ تِمَامِ الْعَمَلِ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ أَشْقَطَ حَقٌّ نَفْسِهِ ،
حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضَ ، وَيَصِيرُ كَعَامِلِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَّهَا
قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ ، وَإِنْ فَسَخَّهَا الْجَاعِلُ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ
بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَإِنْ زَادَ فِي الْجُعْلِ أَوْ نَقَصَ مِنْهُ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي
الْعَمَلِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَجَازَتْ الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ قَبْلَ الْعَمَلِ ،
كَالْمُضَارَبَةِ .

الإِنصَافُ

الفتح وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ ، أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ .

الشرح الكبير

٢٤٩٦ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ ، أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ) مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَحَالَفا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعَوَضِ ، كَالْأَجِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْرَةِ . فَإِذَا تَحَالَفا ، فُسِخَ الْعَقْدُ ، وَوَجِبَ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْمَسَافَةِ ، فَقَالَ : جَعَلْتُ لَكَ الْجُعْلَ عَلَى رَدِّهَا مِنْ حَلَبَ . قَالَ : بَلْ عَلَى رَدِّهَا مِنْ حِمَصٍ . وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي عَيْنِ الْعَبْدِ الَّذِي يُجْعَلُ الْجُعْلُ فِي رَدِّهِ ، فَقَالَ : رَدَدْتُ [١٧٧/٥ ط] الْعَبْدَ الَّذِي شَرَطْتُ لِي الْجُعْلَ فِيهِ . فَأَنْكَرَ الْجَاعِلُ ، وَقَالَ : بَلْ شَرَطْتُهُ فِي الْعَبْدِ الَّذِي لَمْ تَرُدَّهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِشَرْطِهِ ، وَلِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ شَرْطًا فَأَنْكَرَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ . هذا المذهب في قَدَرِهِ ، وعليه جمهور الأصحاب . قال القاضي : هذا قياس المذهب . وجزم به في «الْوَجِيزِ» وغيره . وقدمه في «المُعْنَى» ، و «الشَّرْحِ» ، و «شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، و «الفُرُوعِ» ، وغيرهم . وقيل : يَتَحَالَفَانِ فِي قَدْرِ الْجُعْلِ ؛ قِيَاسًا عَلَى اخْتِلَافِ الْأَجِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ فِي قَدْرِ الْأَجْرَةِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ لِلْقَاضِي ، وَتَبِعَهُ مَنْ بَعْدَهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَهُوَ تَخْرِيجٌ فِي «الرَّعَايَةِ» . فَعَلِيهِ (١) ، يُفْسَخُ الْعَقْدُ ، وَتَجِبُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ .

(١) في ط : « فَعَلِهِ » .

وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا فِي رَدِّ الْمُقْبَعِ
الْآبِقِ ،

٢٤٩٧ - مسألة : (وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا فِي رَدِّ الْآبِقِ) لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا اخْتِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعَوَضَ

تبيينه : قال الحارثيُّ في « شَرْحِهِ » ، في قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ : الإنصاف
تَجَوُّزٌ مِنْهُ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِجَاعِلٍ فِيْمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجَعَالَةِ . انتهى . قلتُ :
« إِنَّمَا حُكِمَ » بِكَوْنِهِ جَاعِلًا فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الْجُمْلَةِ . أَمَّا فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي قَدْرِ
الْجُعْلِ ، فَهُوَ جَاعِلٌ بِلَا رَيْبٍ . وَأَمَّا فِي اخْتِلَافِهِمْ فِي أَصْلِ الْجُعْلِ ، فَلَيْسَ بِجَاعِلٍ
بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفْسِهِ ، وَهُوَ جَاعِلٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى زَعْمِ غَرِيْبِهِ . فعلى الأولِ ، يَكُونُ مِنْ
بَابِ إِطْلَاقِ اللَّفْظِ الْمُتَوَاطِئِ إِذَا أُريدَ بِهِ بَعْضُ مُحَالِّهِ ، وَهُوَ كَثِيرٌ شَائِعٌ فِي
كَلَامِهِمْ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ .

فائدة : وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمَسَافَةِ .

تبيينه : ظاهرُ قَوْلِهِ : وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَلَوْ
كَانَ الْعَمَلُ تَخْلِيصَ مَتَاعٍ غَيْرِهِ مِنْ فَلَاقٍ ، وَلَوْ كَانَ هَلَاكُهُ فِيهِ مُحَقَّقًا ، أَوْ قَرِيبًا
مِنْهُ ؛ كَالْبَحْرِ ، وَفَمِ السَّبْعِ ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَلَهُ اخْتِمَالٌ
بِذَلِكَ . فِي غَيْرِ « الْمُجَرَّدِ » ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةِ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَالصَّحِيحُ
مِنْ الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ مِثْلِهِ فِي ذَلِكَ ، بِخِلَافِ
الْلُّقْطَةِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَكَذَلِكَ لَوْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ ، فَخَلَّصَ قَوْمَ الْأَمْوَالِ
مِنْ الْبَحْرِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهُمُ الْأَجْرَةُ عَلَى الْمُلَّاكِ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

مع الْمُعَاوَضَةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ^(١) مع عَدَمِهَا ، كَالْعَمَلِ فِي الْإِجَارَةِ .

الشرح الكبير

و « الشَّرْح » ، و « شَرَحَ ابْنُ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْحَقُّ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَجَمَاعَةٌ بِذَلِكَ ، الْعَبْدُ إِذَا خَلَّصَهُ مِنْ فَلَاحٍ مُهْلِكَةٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . ذَكَرَهُ فِي بَابِ إِخْيَاءِ الْمَوَاتِ . وَتَقَدَّمَ الْإِشَارَةُ إِلَى ذَلِكَ هُنَاكَ . وَحَكَّى الْقَاضِي اخْتِمَالًا فِي الْعَبْدِ ، بَعْدَ الْوُجُوبِ ، كَاللَّقَطَةِ ، وَأُورِدَ فِي « الْمُجَرَّدِ » عَلَى نَصِّ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ خَلَّصَ مِنْ قَمَرِ السَّبْعِ شَاةً ، أَوْ خَرُوفًا ، أَوْ غَيْرَهُمَا ، أَنَّهُ لِمَالِكِهِ الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُخْلَصِ . وَقَالَ الْمَجْدُ فِي « مُسَوِّدَتِهِ » : وَعِنْدِي أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ ، عَلَى ظَاهِرِهِ فِي وَجُوبِ الْأَجْرَةِ عَلَى تَخْلِيصِ الْمَتَاعِ مِنَ الْمَهَالِكِ ، دُونَ الْآدَمِيِّ ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ أَهْلٌ فِي الْجُمْلَةِ لِحِفْظِ نَفْسِهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّبْعِينَ »^(٢) : وَفِيهِ نَظَرٌ ، فَقَدْ يَكُونُ صَغِيرًا أَوْ عَاجِزًا ، وَتَخْلِيصُهُ أَهَمُّ وَأَوْلَى مِنَ الْمَتَاعِ ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ تَفَرُّقٌ . انْتَهَى .

الإنصاف

فَانْدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ تَلَفَ مَا خَلَّصَهُ مِنْ هَلَكَةٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ مُتَقَدِّمُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْهُ . حَكَاهُ فِي « التَّلْخِيصِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَفِيهِ بُعْدٌ . الثَّانِيَةُ ، مَتَى كَانَ الْعَمَلُ فِي مَالٍ الْغَيْرِ إِتْقَانًا لَهُ مِنَ التَّلَفِ الْمُشْرِفِ عَلَيْهِ ، كَانَ جَائِزًا ، كَذَبْحِ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ إِذَا خِيفَ مَوْتُهُ . صَرَّحَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرَحَ ابْنُ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي آخِرِ « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّبْعِينَ » [٢٢٨/٢] ، وَقَالَ : وَيُفِيدُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ بِذَبْحِهِ .

(١) بعده في را : « الجعل » .

(٢) في النسخ : « الثانيين » ولثبت كما هو في القواعد .

فَإِنَّ لَهُ بِالْشَّرْعِ دِينَارًا أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا .

المفنع

٢٤٩٨ - مسألة : فَأَمَّا رَدُّ الْآبِقِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحَقُّ الْجُعْلَ بِرَدِّهِ وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ لَهُ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ

تثبيته : مُرَادُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، بِقَوْلِهِمْ : وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . غَيْرُ الْمُعْدِّ لِأَخْذِ الْأَجْرَةِ . فَأَمَّا الْمُعْدُّ لِأَخْذِهَا ، فَلَهُ الْأَجْرَةُ قَطْعًا ؛ كَالْمَلَّاحِ ، وَالْمُكَارِي ، وَالْحَجَّامِ ، وَالْقَصَّارِ ، وَالْخَيَّاطِ ، وَالذَّلَّالِ ، وَنَحْوِهِمْ مِمَّنْ يَرْضُدُّ نَفْسَهُ لِلتَّكْسِبِ بِالْعَمَلِ ، فَإِذَا عَمِلَ ، اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ الْمِثْلَ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَتَقَدَّمَ بَعْضُ ذَلِكَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ .

قوله : إِلَّا فِي رَدِّ الْآبِقِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصُّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا شَيْءَ لِرَاثَةِ مَنْ غَيْرِ جَمَاعَةٍ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَنَازَعَ الزُّرْكَاشِيُّ الْمُصَنِّفَ فِي كَوْنِ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، وَأَنَّ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ .

قوله : فَإِنَّ لَهُ بِالْشَّرْعِ دِينَارًا ، أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا^(١) . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمَا : وَسَوَاءٌ كَانَ يُسَاوِيهِمَا أَوْ لَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ زَوْجًا أَوْ ذَا رَحِمٍ فِي عِيَالٍ مَالِكٍ أَوْ لَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّنِيعِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، إِنْ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ

(١) سقط من : الأصل .

وَعَنهُ ، إِنْ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا .

الشرح الكبير

أحمد ، أنه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور : سئل أحمد^(١) عن جعل الآبق ؟ فقال : لا أذكرى ، قد تكلم الناس فيه . لم يكن عنده فيه حديث صحيح . فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه . وهو ظاهر قول الخرقى ، فإنه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه . ولم يذكر جعلًا . وهذا قول النخعي ، والشافعي^(٢) ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشترط له عوضاً ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو رد جملة الشارد . ووجه الرواية الأولى ، ما روى عمرو^(٣) بن دينار ، وابن أبي مليكة ، أن النبي ﷺ جعل في رد الآبق ، إذا جاء به خارجاً من الحرم ، ديناراً^(٤) . وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في زمنيهم مخالفاً ، فكان إجماعاً . ولأن في شرط الجعل في ردّهم خطأ على ردّ الأباقر^(٥) وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردّتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروطاً ؛ لهذه المصلحة .

الإنصاف

المِصْر ، فله أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، قَرِبَتِ الْمَسَافَةُ أَوْ بَعُدَتْ . قال المصنف ، وتبعه الشارح ، و « الفائق » : اختاره الخلل . وعنه ، ومن المِصْر عشرة . قال

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في حاشية الأصل : « واليه والخرق وأهل الظاهر ويروى عن الحكم » .

(٣) في ٢ : عمر .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٤٠/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٥) في الأصل : « الآبق » .

وبهذا فارقَ الشَّارِدَ ، فإنه لا يُفْضَى إلى ذلك . قال شيخنا^(١) : والروايةُ الأُخرى أقربُ إلى الصَّحَّةِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الوُجُوبِ ، والخبرُ المَرْوِيُّ في هذا مُرْسَلٌ ، وفيه مقالٌ ، ولم يثبتِ الإجماعُ فيه ولا القياسُ ، فإنه لم يثبتِ اعتبارُ الشرعِ لهذه المصلحةِ المذكورةِ فيه ، ولا تحقَّقتْ أيضًا ، فإنه ليس الظاهرُ هَرَبَهُم إلى دارِ الحَرْبِ إلَّا في المَجْلُوبِ منها ، إذا كانت قَرِينَةً ، وهذا بعيدٌ فيهم . فأما علي الروايةِ الأولى ، فقد اختلفتْ الروايةُ في قَدْرِ الجُعْلِ ، فروى عنه ، أنه عَشْرَةُ دَرَاهِمَ ، أو دينارٌ ، إن رَدَّه من

الْخَلَالُ : استقرَّتْ عليه الروايةُ . قال القاضي : هذا روايةٌ واحدةٌ . وجزم به ابنُ البَنا في « خِصَالِهِ » ، وصاحبُ « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وقال : الروايةُ الصَّحِيحَةُ من خارجِ البَصْرِ ، دينارٌ ، أو عَشْرَةُ دَرَاهِمَ . قال في « الفائقِ » : ولو رُدَّ الْآبَقُ ، فله ، بغيرِ شَرْطٍ ، عَشْرَةُ دَرَاهِمَ . وعنه ، اثْنَا عَشَرَ . وعنه ، أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا من خارجِ البَصْرِ . قال الزُّرْكَشِيُّ : في « الْمُغْنَى » ، إذا رَدَّه من البَصْرِ دينارٌ ، أو عَشْرَةُ دَرَاهِمَ ، وفي « الكافي » ، دينارٌ ، أو اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا ، في روايةٍ ، وفي أُخْرَى ، دينارٌ . وفي « خِلَافِي الشَّرِيفِ » ، وأبَى الْخَطَّابِ » ، و « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، دينارٌ ، أو اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا في روايةٍ ، وفي أُخْرَى ، عَشْرَةُ دَرَاهِمَ . انتهى . وتقدَّم كلامُ القاضي ، وابنِ البَنا ، والحُلَوَانِيِّ . وقال الحَارِثِيُّ : إذا رَدَّه من داخلِ البَصْرِ ، فله عَشْرَةُ دَرَاهِمَ ، قَوْلًا واحدًا . نصَّ عليه في روايةٍ حَرْبٍ . قال : ولا أَعْلَمُ نصًّا بخلافه . وفي كتابِ « الرَّاوِيَّتَيْنِ » للقاضي ، لا تَخْتَلِفُ الرَّوَايَةُ ، إذا جاء به من البَصْرِ ، أنْ له عَشْرَةُ دَرَاهِمَ . وقاله ابنُ أَبِي مُوسَى في

(١) في : المغني ٣٢٩/٨ .

المِضْر ، وإن [١٧٨/٥] رَدَّهُ مِنْ خَارِجِهِ ، ففیه رَوَاتَان ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَلْزَمُهُ دِينَارٌ ، أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ لِلْخَبَرِ الْمَذْكُورِ ، وَلأنَّ ذَلِكَ يُرَوَى عَنْ عُمَرَ ، وَعَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ ^(١) أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا إِذَا رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ الْمِضْرِ . اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَشُرَيْحٍ ، فَرَوَى أَبُو عَمْرٍو الشَّيْبَانِيُّ ، قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصَبْتُ عَبْدًا أَبَاقًا . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَغَنِيمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْغَنِيمَةُ ؟ فَقَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسٍ أَرْبَعُونَ ^(٢) دِرْهَمًا ^(٣) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : أَنْعَطَيْتُ الْجُعْلُ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَقْفِضٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْخَلَّالُ : حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى

الإِنصَاف « الإِرْشَادِ » . وَنَقَلَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ، وَ « التَّنْبِيهِ » . وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي « الْمَجْرَدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَلَمْ يُورِدُوا سِوَاهُ . قَالَ : فَأَمَّا مَا ^(٤) فِي « الْمُقْنِعِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، لِأَبِي الْحُسَيْنِ ، وَ « الْأَعْلَامِ » لِابْنِ بَكْرٍ ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، مِنْ التَّقْدِيرِ بِالْدِينَارِ أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَفِي دَاخِلِ الْمِضْرِ ، كَمَا فِي خَارِجِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في النسخ : « أربعين » والمثبت كما في مصنف عبد الرزاق .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الجعل في الآبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٤) سقط من : الأصل .

مَسِيرَةَ ثَلَاثٍ ، فله ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّه مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فله أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونِ ذَلِكَ ، يُرْضَخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعْنَى إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامِنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيَمَةِ ، نَقَصَ الْجُعْلُ عَنْ قِيَمَتِهِ دِرْهَمًا ؛ لِثَلَاثَةِ يَفُوتَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ؛ وَلِأَنَّهُ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ

وَأَصْلُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » : مَنْ رَدَّ آبِقًا ، اسْتَحَقَّ دِينَارًا ، أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، سَوَاءَ جَاءَ بِهِ مِنَ الْمِضَرِّ أَوْ خَارِجِ الْمِضَرِّ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِنْ جَاءَ بِهِ مِنَ الْمِضَرِّ ، اسْتَحَقَّ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مِنْ خَارِجِ الْمِضَرِّ ، اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . فَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى ذَلِكَ كُلُّهُ ، وَمِنْهُمْ مَنْ اخْتَصَّ الْعَشْرَةَ فِي الْمِضَرِّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا مَعْنَى الدِّينَارِ ، وَأَنَّ الدِّينَارَ قَدْ يُقَوَّمُ بِالْعَشْرَةِ وَالْاثْنَيْنِ عَشَرَ ، فَيَكُونُ دَاخِلًا فِي الرَّوَائِةِ الْأُولَى ^(١) . قَالَ : وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ الْقَاضِي مِنْ اسْتِحْقَاقِ الدِّينَارِ ، أَوْ الْاثْنَيْنِ عَشَرَ فِي الْمِضَرِّ ، لَا أَصْلَ لَهُ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَلْبَتَّةَ ، وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ نَاقِلَ هَذِهِ الرَّوَائِةِ هُوَ ^(٢) الْقَاضِي ، وَهُوَ الثَّقَفُ الْأَمِينُ فِي النُّقْلِ ، بَلْ هُوَ نَاقِلُ غَالِبِ رَوَايَاتِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ إِطْلَاعِ الْحَارِثِيِّ عَلَى هَذِهِ الرَّوَائِةِ أَنْ لَا ^(٣) تَكُونَ نَقِلْتُ عَنْ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، خُصُوصًا وَقَدْ تَابَعَهُ عَلَيْهَا ^(٤) الْأَعْلَامُ الْمُحَقِّقُونَ .

(١) سقط من : ط .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣) في ط ، أ : « هؤلاء » .

وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي قُوَّتِهِ ، وَإِنْ هَرَبَ مِنْهُ فِي طَرِيقِهِ .

وإن زاد على قيمته ، كالذي جعله صاحبه .

٢٤٩٩ - مسألة : (وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ) على الآبق في قوته ، سواء رده أو هرب منه في طريقه ؛ لأنَّ نفقته على سيده ، وقد قام الذي جاء به مقام السيد في أداء الواجب عليه ، فرجع به ، كما لو أذن له . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يرجع ؛ لأنه أنفق بغير إذن سيده ، أشبه غير الآبق . ولنا على أبي حنيفة ، أنه إنما استحقَّ الجعل ؛ إما في رده من المصلحة ؛ لأنه لا يؤمن أن يرتدَّ ويلحق بدار الحرب ، وهذا المعنى موجود في الثقة ، ولأنَّ هذه مصلحة جماعة المسلمين ، وهو من جملتهم ، فيجب أن يحتسب له بذلك ، كما لو أعار رجلاً عبداً ليرهنه ، فرهته ، وامتنع المستعير من فكائه ، فافتكه مالكه ، احتسب له بما ورثه عنه ؛ لأنَّ له فيه مصلحة . وقد وافق الشافعي على ذلك .

تنبيه : دخل في عموم كلام المصنف ، لو رده الإمام . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، وهو ظاهر ما قدمه في « الفروع » . ونقل حرب ، إن رده الإمام ، فلا شيء له . وجزم به ابن رجب في « قواعده » ، وقال : وذلك^(١) لانتصابه للمصالح ، وله حق في يئس المال على ذلك . وكذا قال الحارثي ، وقطع به . وتقدم نظيرها في عامل الزكاة .

قوله : وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي قُوَّتِهِ . هذا المذهب ، نص عليه ، سواء قلنا باستحقاق الجعل أم لا . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » .

(١) سقط من : الأصل .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، اسْتَحَقَّ ذَلِكَ فِي تَرَكِّهِ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٠٠ - مسألة : (وإن مات السَّيِّدُ ، اسْتَحَقَّ ذلك في تَرَكِّهِ)
يَعْنِي الْجُعْلَ . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال [١٧٨/٥ ط] أَبُو يُوسُفَ : إن
كان الذي رَدَّه مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . ولنا ، أَنَّ هَذَا عِوَضٌ عَنْ
عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَ مِنْ غَيْرِ
وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِنْ ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّه مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْأَبَاقِ
أَوْ لَمْ يَكُنْ . وبهذا قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ . إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا ،
اسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، وَإِلَّا فَلَا . ولنا ، الْخَيْرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ،
وَلأنَّهُ رَدٌّ آبِقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

وغيره . وقال ابنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » : وَجَزَمَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ . قال
الزُّرَّكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَخَرَجَ الْمُصَنِّفُ قَوْلًا بِأنَّهُ لَا يَرْجِعُ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ
إِلَّا^(١) إِذَا انْفَقَ بَيْنَهُ الرُّجُوعُ . واختاره فِي « الرَّعَايَةِ » . واشْتَرَطَ أَبُو الْخَطَّابِ ،
وَالْمَجْدُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، الْعَجْزَ عَنْ اسْتِثْنَاءِ الْمَالِكِ ، [٢٢٨/٢ ط] وَضَعْفَهُ
الْمُصَنِّفُ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الرُّجُوعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، بَلْ لَوْ أَبْقَى قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا
انْفَقَ عَلَيْهِ . نصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ .

فوائد ؛ إحداهما ، عُلِفَ الدَّائِبَةُ كَالْتَفَقَةِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَرَادَ اسْتِخْدَامَهُ بَدَلَ
التَّفَقُّعِ ، فَفِي جَوَازِهِ رِوَايَتَانِ . حَكَاهُمَا أَبُو الْفَتْحِ الْخَلَوَانِيُّ فِي « الْكِفَايَةِ » ،
كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ، وَذَكَرَهُمَا فِي « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » . وَالصَّحِيحُ مِنْ
الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ، فَكَذَا هُنَا بِطَرِيقِ أَوَّلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) سقط من : ط .

فصل : وَيَجُوزُ أَخْذُ الْآبِقِ لِمَنْ وَجَدَهُ . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ لَا يُؤْمَنُ لِحَاقِهِ بَدَارِ الْحَرْبِ وَارْتِدَادِهِ ، وَاشْتِغَالِهِ بِالْفَسَادِ فِي الْبِلَادِ ، بِخِلَافِ الصُّوَالِ الَّتِي تَحْفَظُ نَفْسَهَا . فَإِذَا أَخَذَهُ ، فَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ إِذَا اعْتَرَفَ الْعَبْدُ أَنَّهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ . فَإِنْ لَمْ يَجِدْ سَيِّدَهُ ، دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، فَيَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ ، أَوْ يَبِيعُهُ إِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ . وَنَحْوَهُ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَيْسَ لِلْمُلْتَقِطِ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلُكُهُ بَعْدَ تَعْرِيفِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، فَهُوَ كَصُّوَالِ الْإِبِلِ . وَإِنْ بَاعَهُ ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ

تنبيه : أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ جَوَازَ أَخْذِ الْآبِقِ لِمَنْ وَجَدَهُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ أَنْ يُلْحَقَ بَدَارِ الْحَرْبِ وَيَرْتَدَّ ، أَوْ يَشْتَغِلَ بِالْفَسَادِ فِي الْبِلَادِ ، بِخِلَافِ الصُّوَالِ الَّتِي تَحْفَظُ نَفْسَهَا . إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ ، فَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، إِذَا أَخَذَهُ ، إِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، إِذَا اعْتَرَفَ الْعَبْدُ أَنَّهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ سَيِّدَهُ ، دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، فَيَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ ، أَوْ يَبِيعُهُ إِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَوَاجِدِهِ بَيْعُهُ ، وَلَا تَمْلُكُهُ بَعْدَ تَعْرِيفِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، ^(١) فَهُوَ كَصُّوَالِ الْإِبِلِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَوْلُهُمَا : يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ^(٢) . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمَا أَرَادَا الْكَبِيرَ ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ . وَيَأْتِي فِي بَابِ اللَّقْطَةِ . فَإِنْ بَاعَهُ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ لِمَصْلَحَةٍ

الشرح الكبير

في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَإِنْ بَاعَهُ الْإِمَامُ لِمَصْلَحَةٍ رَأَاهَا فِي بَيْعِهِ ، فَجَاءَ سَيِّدُهُ فَاعْتَرَفَ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُزُّ إِلَى نَفْسِهِ تَقَعًا ، وَلَا يَدْفَعُ عَنْهَا صَرَرًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لغيرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِعَتَقِهِ ، كَمَا لو بَاعَهُ السَّيِّدُ ثُمَّ أَقْرَأَ بِعَتَقِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَخْذُ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقْرَأُ أَنَّهُ حُرٌّ ، لَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَهُ ، وَلَكِنْ يُؤْخَذُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ لَهُ ، فَهُوَ كَثَرِكَةٍ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ . فَإِنْ عَادَ السَّيِّدُ فَانْكَرَ الْعِتْقَ ، وَطَلَبَ الْمَالَ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ .

الإِنصاف

رَأَاهَا ، فَجَاءَ سَيِّدُهُ ، فَاعْتَرَفَ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ ، قَبْلَ قَوْلِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . قَدِّمَهُ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَقِيلَ : لَا يُقْبَلُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، ذَكَرَهُ فِي اللَّقْطَةِ . الثَّالِثَةُ ، الْعَبْدُ وَغَيْرُهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى . نَصٌّ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . الرَّابِعَةُ ، أُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبَّرُ ، كَالْقَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ ؛ إِذَا جَاءَ بِهِمَا إِلَى السَّيِّدِ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ وَصُولِهِمَا إِلَيْهِ ، فَلَا جُعْلٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يَعْتِقَانِ بِالْمَوْتِ ، فَالْعَمَلُ لَمْ يَتِمَّ ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَ حَالِ الْحَيَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَنْصُوصَ ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِتَخْلِيصِ مَتَاعٍ غَيْرِهِ مِنْ مَهْلَكَةٍ .

بَابُ اللَّقْطَةِ

وَهِيَ الْمَالُ الصَّائِعُ مِنْ رَبِّهِ .

بَابُ اللَّقْطَةِ

الشرح الكبير

(وهى المال الصائِعُ مِنْ رَبِّهِ) يَلْتَقِطُهُ غَيْرُهُ . قال الخليلُ بْنُ أَحْمَدَ : اللَّقْطَةُ ، بفتح القافِ : اسمٌ للمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ ما جاءَ على فُعْلَةٍ ، فهو اسمٌ للفاعِلِ ، كالصُّحْلَةِ والصَّرْعَةِ ، واللُّقْطَةِ ، بسُكُونِ القافِ : المالُ المَلْقُوطُ ، مثلُ الضُّحْكَةِ ، الذى يُضْحَكُ منه ، والهَزْأَةُ [١٧٩/٥ ر] الذى يُهْزَأُ به . وقال الأَصْمَعِيُّ ، وابنُ الأَعرابِيِّ ، والفَرَّاءُ : هى بفتح القافِ ، اسمُ المالِ المَلْقُوطِ أيضًا . والأصلُ فيها ما روى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ الجُهَنِيُّ ، قال : سِئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ ، فقال : « اعْرِفْ وَكَاءَهَا ، وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلَتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وسأله عن ضَالَّةِ الإِبِلِ ، فقال : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا فَإِنْ مَعَهَا جِذَاءُهَا وَسِقَاءُهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . وسأله عن الشَّاقِ فقال :

بَابُ اللَّقْطَةِ

الإنصاف

فائدة : قوله : وهى المال الصائِعُ مِنْ رَبِّهِ . هو تعريفٌ لمعناها الشرعِي . وكذا قال غيره . قال الحارثِيُّ : وعلى هذا سؤالان ؛ أحدهما ، قد يكونُ المُلْتَقِطُ غيرَ ضائعٍ ؛ كالمُتْرُوكِ قَصْدًا لِأَمْرِ يَقْتَضِيهِ ، ومنه المالُ المَدْفُونُ ، والشَّيْءُ الذى يَتْرَكَ

« خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) .
 الْوِكَاءُ : الْخَيْطُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ الْمَالُ فِي الْخِرْقَةِ . وَالْعِفَاصُ : الْوَعَاءُ الَّذِي
 هِيَ فِيهِ ؛ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ قِرْطَاسٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي
 الْعِفَاصِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلْبِسُهُ رَأْسَ الْقَارُورَةِ . وَقَوْلُهُ : « مَعَهَا
 حِذَاءَهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ؛ لِأَنَّهُ لِقَوْتِهِ وَصَلَابَتِهِ يَجْرِي مَجْرَى الْحِذَاءِ .
 وَسِقَاؤُهَا : بَطْنُهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءٌ كَثِيرًا ، فَيَنْقَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشَ .
 وَالصَّالَةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ خَاصَّةً دُونَ سَائِرِ اللَّقَطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ . وَيُقَالُ
 لَهَا أَيْضًا : الْهُوَامِيُّ وَالْهُوَامِلُ .

ثِقَّةٌ بِهِ ؛ كَأَخْجَارِ الطَّنْحَنِ ، وَالْخَشَبِ الْكِبَارِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي اتِّقَاطِ
 الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ . فَعَلِيَ الْقَوْلُ بِاتِّقَاطِهِ ، يَكُونُ خَارِجًا عَمَّا ذُكِرَ . وَمَنْ قَالَ مِنْ
 الْأَصْحَابِ : لَا يُلْتَقَطُ . إِنَّمَا قَالَ ؛ لِأَجْلِ كَوْنِهِ مُمْتَنِعًا بَنَابِهِ ، لَا لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالٍ . قَالَ
 الْحَارِثِيُّ : وَيَعْصِمُ مِنَ السُّؤَالِ ، أَنْ يُضَافَ إِلَى الْحَدِّ ، مَا جَرَى مَجْرَى الْمَالِ .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس
 والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب
 اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة لم يدفعها ... ، من كتاب اللقطة ، وفي :
 باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١/٣٤ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ،
 ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٧/٣ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء
 في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة
 الإبل والبقرة والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في
 اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا ، مَا لَا تَتَّبَعُهُ الْهِمَّةُ ؛ كَالسُّوْطِ ، ^{المنع}
 وَالشُّعْ ، وَالرَّغِيفِ ، فَيَمْلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ .

الشرح الكبير

٢٥٠١ - مسألة : (وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا : مَا لَا تَتَّبَعُهُ
 الْهِمَّةُ ؛ كَالسُّوْطِ ، وَالشُّعْ ^(١) ، وَالرَّغِيفِ ، فَيَمْلِكُهُ بِأَخْذِهِ بِلَا
 تَعْرِيفٍ) لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا
 وَالسُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ ، يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ فَيَنْتَفِعُ بِهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) .
 وَكَذَلِكَ الثَّمَرَةُ ، وَالْكِسْرَةُ ، وَالخِرْقَةُ ، وَمَا لَا خَطَرَ لَهُ ، يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ
 بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْكُرْ عَلَى وَاجِدِ الثَّمَرَةِ حَيْثُ أَكَلَهَا ،
 بَلْ قَالَ لَهُ : « لَوْ لَمْ تَأْتِهَا لِأَتْنِكَ » ^(٣) . وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ ثَمَرَةً فَقَالَ :
 « لَوْلَا أَنِّي أَخَشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا » ^(٤) . وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا
 بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ الْيَسِيرِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ،
 وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَعَائِشَةَ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ،

قوله : وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا لَا تَتَّبَعُهُ الْهِمَّةُ . يَعْنِي ، هِمَّةُ أَوْسَاطِ
 النَّاسِ ، وَلَوْ كَثُرَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَمَثَلُهُ الْمُصَنَّفُ بِالسُّوْطِ ،

(١) الشُّع : سَيْرٌ يَمْلِكُ النَّمْلُ بِأَصَابِعِ الْقَدَمِ .

(٢) فِي : كِتَابِ اللَّفْظَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩/١ .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ حِبَّانَ . الْإِحْسَانُ فِي تَقْرِيبِ صَحِيحِ ابْنِ حِبَّانَ ٣٣/٨ .

(٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٨٦/١١ .

وطاوس ، والنخعي ، ويحيى بن أبي كثير ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . قال شيخنا^(١) : وليس عن أحمد تحديد اليسير الذي يباح . وروى عن أحمد أبو بكر بن صدقة : إذا [١٧٩/٥ ط] أخذ ذرهما عرفه سنة . وقال ، في رواية عبد الله : ما كان نحو التمرة ، والكسرة ، والخرقعة ، وما لا خطر له ، فلا بأس . ونحو ذلك قول الشافعي . وذكر القاضي ذلك في كتاب « الخلاف » . ويحتمل أن لا يجب تعريف^(٢) ، ما لا يقطع به السارق .^(٣) ذكره شيخنا في كتاب « الكافي » . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق^(٤) . وهو ربع دينار عند مالك ، وعشرة دراهم عند أبي حنيفة ؛ لأن ما دون ذلك تافه ، فلا يجب تعريفه ، كالكسرة والتمرّة ؛ بذليل قول عائشة ، رضي الله عنها : كانوا لا يقطعون في الشيء التافه . وروى عن علي ، رضي الله

والشعر ، والرغيف . ومثله في « الإرشاد » ، و « تذكرة ابن عقيل » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، وجماعة ، بالتمرّة ، والكسرة ، وشعر النعل ، وما أشبهه . ومثله في « المغني » بالعصا والخيل ، وما قيمته كقيمة ذلك . قال الحارثي : ما لا تتبعه الهمة . نص أحمد في رواية عبد الله وخبره ، أنه ما كان مثل التمرة ، والكسرة ، والخرقعة ، وما لا خطر له ، فلا بأس . وقال في رواية ابن منصور : الذي يعرف من اللقطة كل شيء ، إلا ما لا

(١) في: المغني ٢٩٦/٨ .

(٢) سقط : من الأصل .

(٣ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

عنه ، أنه وَجَدَ دِينَارًا فَتَصَرَّفَ فِيهِ ^(١) . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، عَنْ سَلَمَى بِنْتِ كَعْبٍ ، قَالَتْ : وَجَدْتُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْهُ ، فَقَالَتْ : تَمَتَّعِي بِهِ ^(٢) . وَرَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَبْلِ ، فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، وَقَدْ تَكُونُ قِيمَتُهُ دَرَاهِمَ . وَعَنْ سُؤَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ قَالَ : خَرَجْتُ مَعَ سَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْعَذِيبِ ، انْقَطَعَتْ سَوْطًا ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأُتِيتُ ، فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أَبِي بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتَ ^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، عُمُومُ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يُعْلَمُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرُوهُ

قِيمَةً لَهُ . وَسُئِلَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، الرَّجُلُ يُصِيبُ الشُّشْعَ فِي الطَّرِيقِ ، أَيَأْخُذُهُ ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ جَيِّدًا مِمَّا لَا يُطْرَحُ مِثْلُهُ ، فَلَا يُعْجِنُنِي أَنْ يَأْخُذَهُ ، وَإِنْ كَانَ رَدِيئًا قَدْ طَرَحَهُ صَاحِبُهُ ، فَلَا بَأْسَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَكَلَامُ أَحْمَدَ لَا يُوَافِقُ مَا قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَلَا شَكُّ أَنَّ الْحَبْلَ ، وَالسَّوْطَ ، وَالرَّغِيفَ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَرَةِ ،

(١) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٣) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

نَصُّ وَلَا إِجْمَاعٌ . فَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرَفُهُ كُلُّهَا مُضْطَرَبَةٌ ، ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللَّقْطَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنِهِ ، لَا يُذَرَّى كَمْ قَدَرُ الْحَاتِمِ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَرَخَّصَ فِيهِ مِنَ السُّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ، وَمَا قِيَمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ .

وَالْكِسْرَةُ . قَالَ : وَسَائِرُ الْأَصْحَابِ عَلَى مَا قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، وَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا وَافَقَ الْمُصَنِّفَ ، إِلَّا أَبَا الْخَطَّابِ فِي الشُّعْرِ فَقَطْ . انْتَهَى . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : وَمَا قُلْتُ ؛ كَثْرَةُ ، وَخِرْقَةُ ، وَشِنْعُ نَعْلٍ ، وَكِسْرَةُ ، وَقِيلَ : وَرَغِيفٌ . انْتَهَى . فَحَكَى فِي الرُّغَيْفِ الْخِلَافَ . وَقِيلَ : هُوَ مَا دُونَ نِصَابِ السَّرِقَةِ . قَالَ فِي «الْكَافِي» : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ تَعْرِيفُ مَا لَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ . وَقِيلَ : هُوَ مَا دُونَ قِيرَاطٍ ؛ مِنْ عَيْنٍ أَوْ وَرْقَةٍ . اخْتَارَهُ أَبُو الْفَرَجِ فِي «الْمُبْهَجِ» ، وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ الدَّائِقِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ عَنِ دَائِقَا مِنْ ذَهَبٍ . وَكَذَا قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِصِ» . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : وَقِيلَ : بَلْ مَا فَوْقَ دَائِقِ ذَهَبٍ . وَقَالَ أَيْضًا : وَعَنْهُ ، يُعْرَفُ الذَّرْهُمُ فَأَكْثَرُ .

فَائِدَةٌ : لَوْ وَجَدَ كَنْزٌ ، أَوْ نَخَالٌ ، أَوْ مَقْلَشٌ ، قِطْعًا صِغَارًا مُفَرَّقَةً ، مَلَكَهَا بِلَا تَعْرِيفٍ ، وَإِنْ كَثُرَتْ .

فصل : والذي يَجُوزُ التِّقَاطُهُ والِانْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، [١٨٠/٥] كَالْكِسْرِ ، وَالتَّمْرِ ، وَالْعَصَا ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، إِذَا التَّقَطَّهٖ إِنْسَانٌ وَانْتَفَعَ بِهِ وَتَلَفَ ، فَلَا ضَمَانَ فِيهِ . ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ . وَكَذَلِكَ مَا قِيمَتُهُ كَقِيمَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِيهِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ عَلَيْهِ ضَمَانًا ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِي السُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَشَبْهِهِ ، الْمَذْكُورِ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ . وَقَدَّرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ ^(١) بِمَا دُونَ الْقِيَرِاطِ . وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ الدَّائِقِ .

قوله : فِيمَلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ الْإِنصَافُ [٢٢٩/٢] عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ ، يُلْزَمُهُ تَعْرِيفُهُ . ذَكَرَهَا أَبُو الْحُسَيْنِ . وَقِيلَ : يُلْزَمُهُ تَعْرِيفُهُ مُدَّةً يَظُنُّ طَلَبَ رَبِّهِ لَهُ . اخْتَارَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا مَا قَالَهُ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِنَّ الصَّدَقَةَ بِذَلِكَ أَوْلَى . وَمِنْهَا ، أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ دَفْعُ بَذَلِهِ ، إِذَا وَجَدَ رَبَّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَقُوَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا تَقْتَضِيهِ ؛ لِقَوْلِهِ : فِيمَلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : يُلْزَمُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَكَلَامُهُمْ فِيهِ يَخْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَقِيلَ لِأَحْمَدَ فِي التَّمْرِ تَجِدُهَا ، أَوْ يُلْقِيهَا عُصْفُورٌ ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : أَيْطَعُمُهَا صَبِيًّا ، أَوْ يَتَصَدَّقُ بِهَا ؟ قَالَ : لَا يَعْزُضُ لَهَا . نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَغَيْرُهُ ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ الْوَرَّاقُ . وَمِنْهَا : لَا يُعْرَفُ الْكَلْبُ إِذَا وَجَدَهُ ، بَلْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، إِذَا كَانَ مُبَاحًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُعْرَفُ سَنَةً . وَيَأْتِي قَرِيبًا .

(١) يعنى ابن الجوزى عبد الرحمن بن على .

المفنع الثاني ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، فَلَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ .

الشرح الكبير

القِسْمُ (الثاني ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا) كُلُّ حَيَوَانٍ يَقْوَى عَلَى الْامْتِنَاعِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَوُرُودِ الْمَاءِ ، لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، سَوَاءً كَانَ لِكَبَرِ جُثَّتِهِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْخَيْلِ ، أَوْ لَطَيَرَانِهِ ؛ كَالطَّيُورِ كُلِّهَا ، أَوْ لَعَدْوِهِ ؛ كَالظَّبَاءِ ، أَوْ بِنَائِهِ ، كَالْكِلَابِ ، وَالْفُهُودِ . قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ أَخَذَ الضَّالَّةَ فَهُوَ ضَالٌّ . أَيْ مُخْطِئٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ : مَنْ وَجَدَهَا فِي الصَّحْرَاءِ لَا يَقْرُبُهَا . وَرَوَاهُ الْمُزَنِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ الزُّهْرِيُّ يَقُولُ : مَنْ وَجَدَ بَدَنَةً فَلْيَعْرِفْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا فَلْيَنْحَرِّهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُبَاحُ التِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّهَا لِقِطْعَةٌ ، أَشْبَهَتْ الْعَنَمَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنْهَا : « مَا لَكَ وَهَلَا ؟ دَعَهَا فَإِنَّ مَعَهَا جَذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ

الإنصاف

قوله : الثاني ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، فَلَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا .

بلا نزاع .

وَتَأْكُلُ الشَّجَرَةَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا ^(١) . وَسُئِلَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نُنْصِيبُ ^(٢) هَوَامِيَ الْإِبِلِ . فَقَالَ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » ^(٣) . وعن جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِطَرْدِ بَقَرَةٍ لِحَقَّتْ بِبَقَرِهِ حَتَّى تَوَارَتْ ، وَقَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالٌّ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ ^(٤) . وَقِيَّاسُهُمْ يُعَارِضُ صَرِيحَ النَّصِّ ، وَكَيْفَ يَجُوزُ تَرْكُ نَصِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَصَرِيحِ قَوْلِهِ بِقِيَاسِ نَصِّهِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ! عَلَى أَنَّ الْإِبِلَ تُفَارِقُ الْغَنَمَ ؛ لَضَعْفِهَا ، وَقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ، وَالْخَوْفِ عَلَيْهَا مِنَ الذَّنْبِ .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْحُمْرَ مِمَّا يَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : قَالَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي آخَرَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَالْحَقُّ الْمُصَنِّفُ الْحُمْرَ بِالشَّاقِ وَنَحْوِهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَوْلَى . وَمِنْهَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي الْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ ؛ فَأَذْخَلَهُ الْمُصَنِّفُ فِيمَا يَمْتَنِعُ التِّقَاطُ ، كَمَا اقْتَضَاهُ

(١) تقدم تحريجه في صفحة ١٨٦ .

(٢) في م : « نَجِد » .

(٣) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في النبي عن الشرب قائما ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذی ٧٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والدارمی ، في : باب في الضالة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمی ٢٦٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٤) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٢/٤ .

فصل : فإن كانت الصبوة مستوحشة [١٨٠/٥ ط] إذا تركت رجعت إلى الصخراء وعجز عنها صاحبها ، جاز التقاطها ؛ لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال . والمقصود حفظها لصاحبها ، لا حفظها في نفسها ، ولو كان المقصود حفظها في نفسها ، لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيث كان .

ظاهر لفظه هنا ، وصريح لفظه في « المعنى » ؛ اعتباراً بمنعته بنابه . وجوز التقاطه القاضى وغيره ، وهو أصح ؛ لأنه لا نص في المنع ، وليس في معنى الممنوع ، وفي أخذه حفظ على مستحقه ، أشبه الأثمان وأولى ، من جهة أنه ليس مالا ، فيكون أخف . وعلى هذا ، هل يتنفع به بعد حول التعريف ؟ فيه وجهان ، وفيهما طريقان ؛ أحدهما ، بناء الخلاف على الخلاف في تملك الشاة بعد الحول . وهى طريقة القاضى . الآخر ، بناء الانتفاع على التملك لما يؤول بعد الحول ، وبناء منع الانتفاع على أنه لا يضمن لما ضاع منه بالقيمة لو تلف ؛ لانتفاء كونه مالا ، فيؤدى إلى الانتفاع مجانا ، وهو خلاف الأصل . انتهى كلام الحارثي . ومنها ، يجوز للإمام ونائبه أخذ ما يمتنع من صغار السباع ، وحفظه لربه ، ولا يلزمه تعريفه . قاله الأصحاب . ولا يكتفى فيها بالصفة . قاله المصنف وغيره ، واقتصر عليه في « الفروع » . ولا يجوز لغيرهما أخذ شيء من ذلك لحفظه لربه . على الصحيح من المذهب . وقال المصنف ومن تبعه : يجوز أخذها إذا خيف عليها ؛ كما لو كانت في أرض مسيعة ، أو قريبا من دار الحرب ، أو بموضع يستحل أهلها أموال المسلمين ، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى ، ولا ضمان على أخذها ؛ لأنه إنقاذ من الهلاك . قال الحارثي : وهو كما قال . وجزم به في « تجريد العناية » .

الشرح الكبير

فصل : والْبَقْرُ كالْإِبِلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّ الْبَقْرَةَ كَالشَّاقِ . وَلَنَا ، خَيْرُ جَرِيرٍ فَإِنَّهُ طَرَدَ الْبَقْرَةَ وَلَمْ يَأْخُذْهَا ، وَلَئِنَّهَا تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَتُجْزَى فِي الْأُضْحِيَّةِ عَنْ سَبْعَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْإِبِلَ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ . فَأَمَّا الْحُمْرُ ، فَجَعَلَهَا أَصْحَابُنَا مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الَّذِي لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ؛ لِكَبَرِ أَجْسَامِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْخَيْلَ وَالْبِغَالَ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالْأُولَى إِنْ حَاقَتْهَا بِالشَّاقِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ غَلَلَ الْإِبِلَ بَأَنَّ مَعَهَا سِقَاعَهَا ، يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ؛ لِكَثْرَةِ مَا تُوعَى فِي بُطُونِهَا مِنْهُ ، وَقُوَّتِهَا عَلَى وُرُودِهِ ، وَفِي إِبَاحَةِ ضَالَّةِ الْعَنَمِ بِأَنَّهَا مُعَرَّضَةٌ لِأَخْذِ الذَّنْبِ إِيَّاهَا ، « بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » » . وَالْحُمْرُ مُسَاوِيَةٌ لِلشَّاقِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا تَمْتَنِعُ مِنَ الذَّنْبِ ، وَتَفَارِقُ الْإِبِلَ فِي عِلَّتِهَا ؛ لِكَوْنِهَا لَا صَبْرَ لَهَا عَنِ الْمَاءِ ، وَلِهَذَا يُضْرَبُ الْمَثَلُ بِقَلَّةِ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ، فَيُقَالُ : مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّتِهِ إِلَّا ظِمٌّ^(٢) . وَإِنْ حَاقَ الشَّيْءُ بِمَا سَاوَاهُ فِي عِلَّةِ الْحُكْمِ وَفَارَقَهُ فِي الصُّورَةِ أَوَّلَى مِنْ إِنْحَاقِهِ بِمَا قَارَبَهُ فِي الصُّورَةِ وَفَارَقَهُ فِي الْعِلَّةِ .

قُلْتُ : لَوْ قِيلَ بِوُجُوبِ أَخْذِهَا ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، لَكَانَ لَهُ وَجْهٌ . وَمِنْهَا ، قَطَعَ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ بِجَوَازِ التِّقَاطِ الصُّيُودِ الْمُتَوَحُّشَةِ الَّتِي إِذَا تَرَكْتُ ، رَجَعْتُ إِلَى

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٤٤/٨ .

(٢) (٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٦ .

(٣) الظَّمْ : مَا بَيْنَ الشَّرْبَيْنِ .

وَانْظُرْ : جَمْعُ الْأَمْثَالِ ، لِلْمِثَالِ ٢٥١/٣ .

فصل : فأما غيرُ الحَيَوَانِ ، فما كان منه يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، كأَحْجَارِ الطَّوَّاجِينِ ، والكَبِيرِ مِنَ الخَشَبِ ، وَقُدُورِ النُّحَاسِ ، فهو كالإِبِلِ فِي تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بل أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الإِبِلَ مُعَرَّضَةٌ لِلتَّلَفِ فِي الْجُمْلَةِ بِالْأَسَدِ وَبِالْجُوعِ وَالْعَطَشِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تَكَادُ تَضِيعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا ، بِخِلَافِ الحَيَوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الحَيَوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

الصَّخْرَاءُ ، بِشَرْطِ أَنْ يَعْجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : فَيُعَالِي بِهَا . وَظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، عَدَمُ الْجَوَازِ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ ، « لَكِنَّهُ إِنَّمَا حَكِيَ ذَلِكَ عَنْهُ فِي طَيْرٍ مُتَوَحِّشَةٍ . وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ أَعَمُّ مِنْ ذَلِكَ » . وَمِنْهَا ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزُّرْكَشِيُّ ، وَجَمَاعَةٌ : أَحْجَارُ الطَّوَّاجِينِ ، وَالْقُدُورُ الصُّخْمَةُ ، وَالْأَخْشَابُ الْكَبِيرَةُ وَغَوْهَا مُلْحَقَةٌ بِالْإِبِلِ فِي مَنَعِ الْإِلْتِقَاطِ . « قَالَ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ : بَلِ أَوْلَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَظَاهِرُ كَلَامٍ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، جَوَازُ الْإِلْتِقَاطِ ، وَكَذَا نَصُّهُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . « وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » فِي الْخَشَبَةِ الْكَبِيرَةِ » .

قوله : وَمَنْ أَخَذَهَا ، ضَمِنَهَا . يَعْنِي ، إِذَا تَلَفَتْ ، « وَيُضْمَنُ نَقْصَهَا » ، إِذَا تَعَيَّيْتُ ، لَكِنْ إِنْ تَلَفَهَا لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ كَتَمَهَا ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مَا كَتَمَهَا وَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا كِفَاصِبٍ ، وَإِنْ كَانَ كَتَمَهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا مَرَّتَيْنِ ،

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢ - ٢) في ط : « ونقص ضمناها » .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ الْحَيَوَانَ الذِّى لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِتْقَاطِ ، صَمْنَتَهُ ، إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا إِذْنَ الشَّارِعِ لَهُ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهَ إِلَى مَوْضِعِهِ ، لَمْ يَتَرَأَّ مِنَ الضَّمَانِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَتَرَأَّ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أُرْسِلْهُ إِلَى الْمَوْضِعِ الذِّى أَصَبْتَهُ فِيهِ ^(١) . وَحَرِيرٌ طَرَدَ [١٨١/٥] الْبَقْرَةَ الَّتِي لَحِقَتْ بِبَقَرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَغْضُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذِ الْبَقْرَةَ ، إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقَرِ فَطَرَدَهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . وَأَمَّا عُمَرُ ، فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَأَمَرَهُ بِرَدِّهَا إِلَى مَكَانِهَا كَأَخْذِهَا . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بِحَيْثُ تَثَبُّتَ يَدُهُ عَلَيْهَا لَا يَلْزِمُهُ ضَمَانُهَا ، سَوَاءً طَرَدَهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا فِي صَوَالِ النَّاسِ ، بِذَلِيلِ أَنْ لَهُ أَخْذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

عَلَى الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ ؛ إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُضْمَنُ كَغَاصِبٍ ، وَنَصُّهُ ، وَقَالَهُ أَبُو بَكْرٍ ، يُضْمَنُ ضَالَّةً مَكْتُومَةً بِالْقِيَمَةِ مَرَّتَيْنِ ؛ لِلْخَبَرِ .

(١) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ مِنَ الضَّوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمَوْطَأُ ٢/٧٥٩ . وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١/٣٩٩ . وَانْظُرْ تَخْرِجَ حَدِيثِ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالًا » فِي صَفْحَةِ ١٩٣ .

فصل : وللإمام أو نائبه أخذ الصَّالَةَ لِيَحْفَظَهَا لصاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، حَمَى مَوْضِعًا يُقَالُ لَهُ التَّقْيَعُ لَخَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ وَالصُّوَالُ ، وَلِأَنَّ لِلإمامِ نَظْرًا فِي حِفْظِ مَالِ الْغَائِبِ ، وَفِي أَخْذِ هَذِهِ حِفْظٌ لَهَا عَنِ الْهَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُهُ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ يُعْرِفُ الصُّوَالُ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ ، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ ضَالَّةٌ فَإِنَّهُ يَجِيءُ إِلَى مَوْضِعِ الصُّوَالِ ، فَإِذَا عَرَفَ ضَالَّتَهُ ، أَقَامَ الْبَيْتَةَ عَلَيْهَا وَأَخَذَهَا ، وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَيَعْرِفُ صِفَاتِهَا مَنْ رَأَاهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، فَلَمْ تَكُنِ الصَّفَةُ دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهِ لَهَا . وَلِأَنَّ الصَّالَةَ كَانَتْ ظَاهِرَةً لِلنَّاسِ حِينَ كَانَتْ فِي يَدِ مَالِكِهَا ، فَلَا يَخْتَصُّهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا دُونَ غَيْرِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَلِيلًا ، وَيُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ عَلَيْهَا لظُهُورِهَا لِلنَّاسِ ، وَمَعْرِفَةُ خُلْطَاتِهِ وَجِيرَانِهِ تَمْلِكُهُ إِيَّاهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ الإِمامِ أَوْ نَائِبِهِ لِيَحْفَظَهَا لصاحِبِهَا ، لَمْ يَجْزُ

فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَوْلُهُ : فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الإِمامِ ، زَالَ عَنْهُ الصُّمَانُ . بَلَا نِزَاعٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ^(١) : هَذَا يَنْبَغِي عَلَى أَنَّ لِنَائِبِ الإِمامِ أَخْذَهَا ابْتِدَاءً لِلْحِفْظِ . وَهُوَ شَيْءٌ قَالَهُ مُتَأَخِّرُونَ أَهْلَ الْمَذْهَبِ ؛ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَكَذَلِكَ أَمَرَهُ بِرَدِّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، وَرَدَّهَا ، بَرِيٌّ . قَالَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا أَخَذَهَا الإِمامُ أَوْ نَائِبُهُ مِنْهُ ، لَمْ يَلْزَمُهُ تَعْرِيفُهَا . قَالَهُ الْأَصْحَابُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : «صاحب الخواص» .

له ذلك ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرُ
مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْحَابُهُ وَجَّهَ ، أَنَّ لَهُ اخْتِذَاهَا لِحِفْظِهَا ، كَالْإِمَامِ أَوْ
نَائِبِهِ ، "وَلَا يَصِحُّ" ؛ "لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ اخْتِذَاهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ
قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِتْقَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ" الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ
وِلَايَةَ ، وَهَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ . فَإِنْ وَجَّدهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا ، كَأَرْضٍ
مُسَبَّعَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكْتُهَا ، أَوْ قَرِيبًا مِنْ
دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ
الْمُسْلِمِينَ ، [١٨١/٥ ط] أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا وَلَا مَرْعَى ، فَالْأَوَّلَى جَوَازُ
اِخْتِذَاهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى اخْتِذَاهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِنْقَازَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ،
فَأُشْبِهَ تَخْلِيصَهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِيقٍ ، وَإِذَا اخْتِذَاهَا سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ،
وَبَرِيٍّ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالْتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرُدْ بِذَلِكَ فِيهَا .

فصل : وَيَسْمُ الْإِمَامُ مَا يَخْصُلُ عِنْدَهُ مِنَ الصُّوَالِ بِأَنَّهَا ضَالَّةٌ ، وَيُشْهَدُ
عَلَيْهَا ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ حِمَى تَرْعَى فِيهِ تَرَكَهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى
الْمَصْلَحَةَ فِي بَيْعِهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَحْلِيَهَا وَيَحْفَظَ
صِفَاتِهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ اخْتِظُّهَا ؛ لِأَنَّ تَرَكَهَا يُفْضَى
إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ دَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ فَاطْعَمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لِتَرْجِعَ إِلَيْهِ ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِلْمَالِكِهَا ، وَيَعْرِمُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّرِ : هِيَ لِلْمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالتَّفَقُّعِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرَّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا فَسَيِّبُوهَا ، فَأَخَذَهَا فَأَحْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ (عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ : فَقُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١)) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ دَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْيَاهَا رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » . وَلَأنَّ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِحْيَاءَهَا وَإِنْقَادَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَمُحَافَظَتُهَا عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعَ لَذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ غَيْرِ مَضْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلَأنَّهُ يُبْذَرُ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجْزًا عَنْ أَخْذِهِ ، فَمَلَكَهُ آخِذُهُ ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السُّبُلِ ، وَسَائِرِ مَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَصَهُ إِنْسَانٌ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ،

(١-١) ق ٢ : « عبد الله بن عبد الرحمن » . وانظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .

(٢) ق ٢ : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ .

الشرح الكبير

وَلَا يُخَشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ كَالْخَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ؛ فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا
لَمْ يُطْعَمْ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ [١٨٢/٥] السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ
إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يَأْخُذْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ
التَّخْلُصُ إِلَى الْأَمَاكِنِ الَّتِي يَعِيشُ بِهَا ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ . وَلَهُ أَخْذُ الْعَبْدِ
وَالْمَتَاعِ لِيُخْلَصَهُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيصِ الْمَتَاعِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ،
وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي وُجُوبِ
الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَهُ بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا
شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ،
كَالْمُلْتَقِطِ ، وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا
لَا سَتَحَقُّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَجْرَ الْمِثْلِ . وَيُفَارِقُ هَذَا الْمُلْتَقِطَ ، فَإِنَّهُ لَمْ
يُخْلَصِ اللَّقْطَةَ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكَّنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبَهَا
فِي مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا ضَاعَ وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ
إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَبَقِيَ جُعْلُ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظُ الْأَمْوَالِ مِنَ الْهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ
مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبِقِ . وَلَئِنَّ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا
يَحْتُ عَلَى أَخْذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا ، فَانْكُفَى بِهِ عَنِ
الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتُ عَلَى تَخْلِيصِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ،
وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ ، كَرَدُّ الْآبِقِ .

فصل : فَأَمَّا مَا أَلْفَاهُ رُكَّابُ الْبَحْرِ فِيهِ خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَعْلَمْ
لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ

هذا مَنْ أَخَذَهُ . وهو قولُ اللَّيْثِ . وبه قال الحَسَنُ ، فيما أَخْرَجَهُ ، قال : وما نَضَبَ عنه الماءُ فهو لأَهْلِهِ . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : يَرُدُّهُ على أَصْحَابِهِ ، ولا شَيْءَ لَهُ . وَيَقْتَضِيهِ قولُ الشَّافِعِيِّ ، والقَاضِي ؛ لِمَا تَقَدَّمَ في الفَصْلِ قَبْلَهُ . وَيَقْتَضِي قولُ الإمامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ لِمَنْ أَنْقَذَهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . قال شَيْخُنَا^(١) : وَوَجْهُ ما ذَكَرْنَا مِنَ الاحْتِمَالِ أَنَّ هذا مالُ الْقَاهِ أَصْحَابِهِ فيما يَتَلَفُ بِيَقَاتِهِ فيه اخْتِياراً منهم ، فَمَلَكَه مَنْ أَخَذَهُ ، كالَّذِي أَلْقَوْهُ رَغْبَةً عنه ، ولأنَّ فيما ذَكَرُوهُ تَحْقِيقاً لِإِتْلَافِهِ ، فلم يُجْزَ ، كَمَا بَشَّرْتَهُ بِالْإِتْلَافِ . فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ ، فَأَخْرَجَهُ قَوْمٌ . فقال مالِكٌ : يَأْخُذُ أَصْحَابُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُمْ ، ولا شَيْءَ لِلَّذِينَ أَصَابُوهُ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، وابنِ الْمُنْذِرِ ، والقَاضِي . وعلى قِياسِ نَصِّ أَحْمَدَ يَكُونُ لِمُسْتَخْرِجِهِ هَهُنَا أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لأنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إلى تَخْلِيصِهِ وَحِفْظِهِ لِصَاحِبِهِ وَصِيائِهِ عن [١٨٢/٥ ط] العَرَقِ ، فَإِنَّ الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَجْرُ ، بَادَرَ إلى التَّخْلِيصِ لِيُخْلَصَهُ ، وإن عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بغيرِ شَيْءٍ ، لم يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ في اسْتِخْرَاجِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالْأَجْرِ ، كَجُعْلٍ رَدَّ الْآبِقِ .

فصل : ذَكَرَ القَاضِي فيما إِذَا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا ، أو جَارِيَةً ، أَنَّ قِياسَ المَذْهَبِ أَنَّهُ لا يُمْلِكُ بالتَّعْرِيفِ . وقال الشَّافِعِيُّ : يُمْلِكُ الْعَبْدُ دُونَ الْجَارِيَةِ ؛ ولأنَّ التَّمْلُكَ بالتَّعْرِيفِ عِنْدَهُ اقْتِرَاضٌ ، وَالْجَارِيَةُ عِنْدَهُ لا تُمْلِكُ بِالْقِرْضِ . قال شَيْخُنَا^(١) : وهذه المسألةُ فيها نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ

الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ [٢٤٩ ط] وَالْعَنَمِ ،
وَالْفُضْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ .

بِحُرِّيَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ يُعْبَرُ^(١) عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقْرَبُ بَأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يُقْبَلْ
إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ، لَاعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ
لِسَيِّدِهِ .

(الثالثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْعَنَمِ ،
وَالْفُضْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ^(٢)) فِيَجُوزُ التَّقَاطُطُهَا لِمَنْ يَقْصِدُ
تَعْرِيفَهَا وَتَمْلُكُهَا بَعْدَهُ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ،
وَقَوْلِهِ فِي الشَّاقِ : « خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ »^(٣) . ثَبِتَ
فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَقِسْنَا عَلَيْهِ الْمَتَاعَ ، وَقِسْنَا عَلَى الشَّاقِ كُلَّ حَيَوَانٍ

قوله : الثالثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْعَنَمِ ، وَالْفُضْلَانِ ،
وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ . يَعْنِي ، يَجُوزُ التَّقَاطُطُهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ
[٢٢٩/٢ ط] . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : وَكَذَا مَرِيضٌ لَا يَتَّبِعُ ، وَلَوْ كَانَ
كَبِيرًا . وَعَنهُ ، فِي شَاقٍ ، وَفَصِيلٍ ، وَعِجْلٍ ، وَفُلٍ ، لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ . ذَكَرَهَا
الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : وَعَنهُ ، لَا يَلْتَقِطُ الشَّاةُ وَغَوْهَا إِلَّا الْإِمَامُ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَذَكَرَ أَبُو
الْفَرَجِ فِي الْعَرَضِ رِوَايَةً ، لَا يَلْتَقِطُهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا يُعْبَرُ » .

(٢) الْأَفْلَاءُ : جَمْعُ فُلٍ ، وَهُوَ وَلَدُ الْفَرَسِ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٨٦ .

لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ الثَّغْلَبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالدُّثْبُ ،
وَوَلَدُ الْأَسَدِ ، وَنَحْوُهَا ، وَمِنْهُ الدَّجَاجُ ، وَالْإَوْزُ ، وَنَحْوُهَا ، يَجُوزُ
الْتِقَاطُهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، لَيْسَ لَغَيْرِ الْإِمَامِ الْتِقَاطُهَا ، يَعْنِي
الشَّاةَ وَنَحْوَهَا مِنَ الْحَيَوَانِ . وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : لَا اخْتَارُ أَنْ يَقْرَبَهَا ،
إِلَّا أَنْ يُحَرِّزَهَا لِصَاحِبِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا
صَالٌّ » ^(١) . وَلِأَنَّهُ حَيَوَانٌ ، أَشْبَهَ الْإِبِلَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي
الشَّاةِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ .
وَلِأَنَّهُ يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ وَالضَّيَاعُ ، أَشْبَهَ لُقْطَةَ غَيْرِ الْحَيَوَانِ ، وَحَدِيثُنَا

تَبْيِيهِ : شَبِيلَ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ، وَالْجَارِيَةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . قَالَ فِي
« الرُّعَايَةِ » : وَالْعَبْدُ الصَّغِيرُ كَالشَّاةِ . وَكَذَا كُلُّ جَارِيَةٍ تَحْرُمُ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَصِغَارُ الرَّقِيقِ مُطْلَقًا يَجُوزُ الْتِقَاطُ . ذَكَرَهُ
الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ . قَالَ
الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ^(٢) : وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
فِيهَا نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَمْنً لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقْرَبُ ^(٣)
بِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اغْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ،
لَاغْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدَهُ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ ،
وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الصَّغِيرَ يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ .

(١) تقدم تحريجه في صفحة ١٩٣ .

(٢) المعنى ٣٤٩/٨ .

(٣) في الأصل : « فذلك » .

أَخَصُّ مِنْ حَدِيثِهِمْ ، فَتَخَصُّهُ بِهِ ، وَلَوْ قُدِّرَ التَّعَارُضُ قُدِّمَ حَدِيثُنَا ؛ لِأَنَّهُ أَصَحُّ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الْإِبِلِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ مَنَعَ التَّقَاطُطِ بِأَنَّ مَعَهَا جِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي الْعَنَمِ ، ثُمَّ قَدْ فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا فِي خَبَرٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ مَا فَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا قِيَاسُ مَا أَمَرَ بِالتَّقَاطُطِ عَلَى مَا مَنَعَ مِنْهُ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَجِدَهَا بِمِضْرٍ أَوْ مَهْلِكَةٍ . [١٨٣/٥] وقال مالكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِي الشَّاقِ تَوَجَّدُ فِي الصَّخْرَاءِ : اذْبَحْهَا وَكُلْهَا . وَفِي الْمِضْرِ : ضُمَّهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ » . وَلَا يَكُونُ الذَّئْبُ فِي الْمِضْرِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِأَخْذِهَا ، وَلَمْ يُفَرِّقْ وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ ، وَلَوْ افْتَرَقَ الْحَالُ لَا سْتَفْصَلَ ، وَلَئِنْهَا لَقَطَّةٌ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الْمِضْرُ وَغَيْرُهُ ، كَسَائِرِ اللَّقَطَاتِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَكُونُ الذَّئْبُ فِي الْمِضْرِ . قُلْنَا : كَوْنُهَا لِلذَّئْبِ فِي الصَّخْرَاءِ ، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهَا لِغَيْرِهِ فِي الْمِضْرِ . وَمَتَى عَرَفَهَا حَوْلًا مَلَكَهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً : أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا . وَلَعَلَّهَا الرِّوَايَةُ الَّتِي مَنَعَ مِنَ التَّقَاطُطِ فِيهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « هِيَ لَكَ » . أَضَافَهَا إِلَيْهِ بِلَاغِ التَّمْلِيكِ ، وَلَئِنْ التَّقَاطُطَ مُبَاحٌ ، فَمِلِكْتُ بِالتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَقَدْ حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إِجْمَاعًا .

فَمَنْ لَا يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهَا وَلَمْ يَمْلِكْهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا . وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا .

٢٥٠٢ - مسألة : (فَمَنْ لَا يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا)
فَإِنْ أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا (وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا) إِذَا التَّقَطَّ لِقِطْعَةً ، عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهَا بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِنْ أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سَوَاءً تَلَفَتْ بِتَفْرِيطٍ ، أَوْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا بِالتَّعْرِيفِ وَالْإِتْقَاطِ ، وَقَدْ وُجِدَا ، فَيَمْلِكُهَا بِذَلِكَ ، كَالْأَصْطِيَادِ ، وَالْإِحْتِشَاشِ ، إِذَا دَخَلَ مِلْكُ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاصْطَادَ أَوْ احْتَشَشَ مِنْهُ ، مَلَكَ الصَّيْدَ وَالْحَشِيشَ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، كَذَا هُنَا . وَلَأَنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَنَاوَلُ هَذَا الْمُتَقَطَّ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلَأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقَتَ الْإِتْقَاطِ ، لَأَفْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ ، وَالصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الْإِتْقَاطُ لِلتَّمْلِيكِ لَا لِلتَّعْرِيفِ .

٢٥٠٣ - مسألة : (وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا) لِمَا ذَكَرْنَا (وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا) قَالَهُ أَحْمَدُ . رَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ ،

قوله : وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ : إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ فَلَا فَضْلُ أَخْذِهَا .
المنع

وَعَطَاءٌ . وقال أبو الخطاب : إذا وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا (فَلَا فَضْلُ أَخْذِهَا) . وهذا قولٌ للشافعي . [١٨٣/٥ ط] وعنه ، أَنَّهُ يَجِبُ أَخْذُهَا ؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ ^(١) . وإذا كَانَ وَلِيُّهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ . وَمِمَّنْ رَأَى أَخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَخْذَهَا أَنَّى بْنُ كَعْبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وقال مالكٌ : إِنْ كَانَ شَيْئًا لَهُ بَالٌ ، يَأْخُذُهُ أَحَبُّ إِلَيْهِ وَيُعْرِضُهُ ؛ لِأَنَّ ^(٢) فِيهِ حِفْظَ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، كَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا يُعْرِفُ لهما مُخَالَفٌ فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ يُعْرَضُ نَفْسَهُ لِأَكْلِ

« الْوَجِيرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدْ مِمَّا فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ ، فَلَا فَضْلُ أَخْذِهَا . قال الحارثيُّ : وهذا أَظْهَرُ الْأَقْوَالِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ وَجُوبَ أَخْذِهَا ، وَهُوَ قَوِيٌّ فِي النَّظَرِ .

تبيينه : ظاهرُ قَوْلِهِ : وَقَوِيٌّ عَلَى تَغْرِيفِهَا . أَنَّ الْعَاجِزَ عَنِ التَّغْرِيفِ لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَكَذَا الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَأْمَنْ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَلَا يَمْلِكُهَا بِالتَّغْرِيفِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِيهِ وَجْهٌ ، يَمْلِكُهَا . ذَكَرَهُ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ ، وَالْمَغْنَى : « الشَّافِعِيُّ » .

(٢) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٧١ .

(٣) فِي م : « وَلَئِنْ » .

وَمَتَّى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا .

الحرام ، وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال اليتيم ، وما ذكره يُطْلَبُ بالسؤال ، فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره ، وكذلك ولاية مال الأيتام .

٢٥٠٤ - مسألة : (ومتى أخذها ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِهَا ، «أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا») إذا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِهَا^(١) ، ضَمِنَهَا . رُوي

« الْمُغْنِي » وغيره .

فائدة : لو أَخَذَهَا بِنِيَّةِ الْأَمَانَةِ ، ثم طَرَأَ قَصْدُ الْخِيَانَةِ . قال في « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُ ، كَمَا لَا يَضْمَنُ لَوْ كَانَ أَوْدَعَهُ . قال الْحَارِثِيُّ : وهذا اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ ، وهو الصَّحِيحُ . انتهى . والثَّانِي ، يَضْمَنُ . قال في « التَّلْخِصِ » : وهو الْأَشْبَهُ بِقَوْلِ أَصْحَابِنَا فِي التَّضْمِينِ بِمَجَرَّدِ اعْتِقَادِ الْكُتْمَانِ ، وَيُخَالِفُ الْمُودَعِ ، فَإِنَّهُ مُسَلَّطٌ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ . انتهى . وتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ : وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةٌ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » حِكَايَةً عَنْ صَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » .

قوله : ومتى أَخَذَهَا ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا . اعلم أنه إذا التَّقَطَّطَتْ ، ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِهَا ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، ضَمِنَهَا ، إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْحَاكِمُ أَوْ نَائِبُهُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ ، بَلَا نِزَاعٍ . كما تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ إِذَا رَدَّه ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ أَحَدِهِمَا ، لم يَضْمَنُ ، وَإِنْ

(١ - ١) سقط من : م .

ذلك عن طائوس ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا ضمان عليه ؛ لأنه روى عن عمر ، أنه قال لرجل وجد بعيراً : أرسله حيث وجدته . رواه الأثرم^(١) . ولما روى عن جرير بن عبد الله ، أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها ، فأمر بها فطردت حتى توارت^(٢) . ولنا ، أنها أمانة حصلت في يده ، لزمه حفظها ، وتركها تضيعها . فأما حديث عمر ، فهو في الضالة التي لا يحل أخذها . فإذا أخذه احتمل أن له رده إلى مكانه ، ولا ضمان عليه ؛ لهذه الآثار ، ولأنه كان واجباً عليه تركه في مكانه ابتداءً ، فكان له ذلك بعد أخذه . ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده ؛ لأنه دخل في ضمانه ، فلم يبرأ برده إلى مكانه ، كالمسروق ، وما يجوز التقاطه . فعلى هذا ، لا يبرأ إلا برده إلى الإمام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الإمام ، فإذا أمر برده . فهو كأخذه منه . وحديث جرير لا حجة فيه ؛ لأنه لم يأخذ البقرة ، ولا أخذها غلامه ، إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره . كذلك^(٣) يلزمه ضمانها إذا فرط فيها ؛ لأنها أمانة ، فهي كالوديعة .

كان بغير إذن ، فالصحيح من المذهب ، أنه يضمن . وقدمه في « الفروع » . الإنصاف . وقيل : لا يضمن . وهما احتمالان مطلقان في « المعنى » ، و « الشرح » . فعلى المذهب ، يزول عنه الضمان لو أخذها ودفعها إلى الإمام أو نائبه .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٣) في م : « ولذلك » .

فصل : فَإِنْ ضَاعَتْ اللَّقْطَةُ مِنْ مُلْتَقِطِهَا فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَهِيَ كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ التَّقْطُطُهَا آخِرُ ، فَعَلِمَ أَنَّهَا ضَاعَتْ مِنَ الْأَوَّلِ [١٨٤/٥] فَعَلِيهِ رَدُّهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ التَّمَوُّلِ وَوِلَايَةُ التَّعْرِيفِ وَالْحِفْظِ ، فَلَا يَزُولُ بِالضَّيَاعِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الثَّانِي بِالْحَالِ حَتَّى عَرَفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدَ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ عُدْوَانٍ ، فَثَبَتَ الْمِلْكُ بِهِ ، كَالأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْأَوَّلُ انْتِزَاعَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ التَّمْلُكِ . فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا مِنَ الثَّانِي ، وَلَيْسَ لَهُ مَطْلَابَةُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفْرِطْ . وَإِنْ عَلِمَ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ ، فَرَدَّهَا إِلَيْهِ ، فَأَبَى أَخَذَهَا ، وَقَالَ : عَرَفْتُهَا أَنْتَ . فَعَرَفْتُهَا ، مَلَكَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَرَكَ حَقَّهُ ، فَسَقَطَ . وَإِنْ قَالَ : عَرَفْتُهَا ، وَيَكُونُ مِلْكُهَا لِي . فَفَعَلَ ، فَهُوَ نَائِبُهُ فِي التَّعْرِيفِ ، وَيَمْلِكُهَا الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي التَّعْرِيفِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ قَالَ : عَرَفْتُهَا ، وَتَكُونُ بَيْنَنَا . فَفَعَلَ ، صَحَّ أَيْضًا ، وَكَانَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْ نِصْفِهَا ، وَوَكَّلَهُ فِي الْبَاقِي . وَإِنْ قَصَدَ الثَّانِي بِالتَّعْرِيفِ تَمْلِكُهَا لِنَفْسِهِ دُونَ الْأَوَّلِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُهَا الثَّانِي ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدَ مِنْهُ ، فَمَلَكَهَا ، كَمَا لَوْ أَدْرَكَ لَهُ الْأَوَّلُ فِي تَعْرِيفِهَا لِنَفْسِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ

فائدة : لَوْ أَخَذَ مِنْ نَائِبٍ شَيْئًا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ إِلَّا بِتَسْلِيمِهِ لَهُ بَعْدَ انْتِبَاهِهِ ، وَكَذَلِكَ السَّاهِي ^(١) .

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

التعريف للأول ، أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها . وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ، ولم يعلمها بها . ويشبه هذا من تحجر مواتاً إذا سبقه غيره^(١) إلى ما حجره ، فأخياه بغير إذنه . فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها ، لم يملكها ، وجهاً واحداً ؛ لأنه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه . ويفارق هذا إذا التقطها ثانياً ، فإنه وجد منه سبب^(٢) الالتقاط والتعريف .

فصل : ومن اصطاد سمكة من البحر ، فوجد فيها ذرة أو عنبرة ، أو شيئاً مما يكون في البحر ، فهو للصياد ؛ لأن ذلك يكون في البحر . قال الله تعالى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبُسُونَهَا ﴾^(٣) . ولأن الأصل عدم ملكها لغيره . فإن باعها الصياد ولم يعلم ، فوجدتها المشتري في بطنها ، فهي للصياد . نص عليه أحمد ؛ لأنه إذا لم يعلم به ، فما باعه ولا رضى بزوال ملكه عنه ، فأشبه من باع داراً له مال مدفون فيها . فإن وجد ذراهم أو دنانير ، فهي لقطة ؛ لأن ذلك لا يخلق في البحر ، ولا يكون إلا للآدمي ، فكان لقطة ، كما لو وجدته [١٨٤/٥ ط] في البر^(٤) . وكذلك الحكم في الذرة والعنبرة إذا كان فيها أثر لآدمي ، كالمثقوبة ، والمتصلة

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) سورة فاطر ١٢ .

(٤) في النسخ : البحر .

بَذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا . أَوْ كَانَتِ الْعَنْبَرَةُ تَفَاحَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ ، مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ تَكُونُ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَعْ فِي الْبَحْرِ ، حَتَّى تَثْبُتَ الْيَدُ عَلَيْهَا ، فَهِيَ كَالْدَيْنَارِ ، فَمَتَى وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلَيْهِ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَقِطُهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرَى ، فَالتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اصْطِيَادِهَا وَمِلْكِ الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاةً وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ عَنْبَرَةً أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ ذَرَاهِمَ ، فَهِيَ لُقْطَةٌ يَعْرِفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ابْتَلَعَتْهَا مِنْ مِلْكِهِ ، فَيَبْدَأُ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مَنْ اشْتَرَى دَارًا فَوَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اصْطَادَ السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّاقِ ، فِي أَنْ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ عَادَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّهْرَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْبَحْرِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ صَادَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَبَتَّلَ ذَلِكَ فِي الْبَحْرِ ، ثُمَّ تَخْرُجُ إِلَى النَّهْرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَّصِلًا بِهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ تَاكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ عَنْبَرَةً عَلَى السَّاحِلِ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنَّ الْبَحَرَ أَلْقَاهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِلْكِ فِيهَا ، فَكَانَتْ مُبَاحَةً لَآخِذِهَا ، كَالصَّيْدِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ عِيَّاشٍ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرٍو

العبدري^(١)، قال : ألقى بحرُ عَدَنَ عَتَبَةَ مِثْلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بَعَدَنَ ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكَتَبَ إِلَيْنَا ، أَنْ خُذُوا مِنْهَا الْخُمْسَ ، وَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وَإِنْ بَاعُوا كُفُومَهَا فَاشْتَرَوْهَا . فَأَرَدْنَا أَنْ نَزِنَهَا ، فَلَمْ نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاهَا ثِنْتَيْنِ وَوَزَنَاهَا ، فَوَجَدْنَاهَا^(٢) سِتْمِائَةَ رَطلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَيْنَاهَا بِخُمْسَةِ آلَافِ دِينَارٍ ، وَبَعَثْنَا بِهَا إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حَتَّى بَاعَهَا بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وَإِنْ صَادَ غَزَالًا فَوَجَدَهُ مَخْضُوبًا ، أَوْ فِي عُقْبِهِ خَرَزٌ ، أَوْ فِي أُذُنِهِ قُرْطٌ ، وَخَوَّ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً فِي الْبَحْرِ فَوَقَعَتْ فِيهَا سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتِ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ : فَإِنَّ السَّمَكَةَ لَهُ ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيَدْفَعُهَا [١٨٥/٥] إِلَى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ^(٣) مَمْلُوكَةً لَأَدَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةُ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُبَاحَةً ، وَلَمْ يَمْلِكْهَا صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ؛ لِكَوْنِ شَبَكَتِهِ لَمْ تُثَبِّتْهَا ، فَبَقِيََتْ عَلَى الْإِبَاحَةِ . وَهَكَذَا لَوْ نَصَبَ فَخًّا أَوْ شَرَكًا ، فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ مِنْ صُيُودِ الْبَرِّ فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، فَصَادَهُ آخَرُ ، فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ ، وَيُرَدُّ الْآلَةُ إِلَى صَاحِبِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبِهَا

(١) ق م : الصديري . وفي المغني ٣١٨/٨ : العبدى . ولم يند إليه .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

فهي لُقْطَةٌ . وقال أحمدٌ ، في رَجُلٍ انْتَهَى إلى شَرَكٍ فيه حِمَارٌ وَحْشٍ أو طَبْيٌّ قد شَارَفَ المَوْتَ ، فحَلَّصَهُ وَذَبَحَهُ : فهو لصَاحِبِ الجِبَالَةِ^(١) ، وما كان مِنَ الصَّيْدِ في الجِبَالَةِ^(٢) فهو لَمَنْ نَصَبَهَا ، وإن كان بَازِيًا أو صَقْرًا أو عَقَابًا . وسُئِلَ عن بَازِيٍّ أو صَقْرٍ أو كَلْبٍ مُعَلِّمٍ أو فَهْدٍ ، ذَهَبَ عن صَاحِبِهِ ، فدَعَاهُ فلم يُجِبْهُ ، ومَرَّ في الأَرْضِ حَتَّى أَتَى لَذَلِكَ أَيَّامٌ ، فَأَتَى قَرْيَةً ، فسَقَطَ على حَائِطٍ ، فدَعَاهُ رَجُلٌ فَأَجَابَهُ . قال : يَرُدُّهُ على صَاحِبِهِ . قِيلَ له : فَإِنْ دَعَاهُ فلم يُجِبْهُ ، فنَصَبَ له شَرَكًا فصادَهُ به . قال : يَرُدُّهُ على صَاحِبِهِ . فجَعَلَهُ لصَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ قد مَلَكَه . فلم يُزَلْ مِلْكُهُ عنه بَذَاهِبِهِ ، والسَّمَكَةُ في الشَّبَكَةِ لم يَكُنْ مَلَكَهَا ولا حَازَهَا ، وكذلك جَعَلَ ما وَقَعَ في الجِبَالَةِ مِنَ الصَّقْرِ والعُقَابِ لصَاحِبِ الجِبَالَةِ^(٣) ، ولم يَجْعَلْهُ هَهُنَا لَمَنْ وَقَعَ في شَرَكِهِ ؛ لَأَنَّ هَذَا فيما عَلِمَ أَنَّهُ قد كان مَمْلُوكًا لِإنْسَانٍ فَذَهَبَ ، وإنْما يُعَلِّمُ هَذَا بالخَبَرِ ، أو بوجُودِ ما يَدُلُّ على المِلْكِ فيه ، كوجُودِ السَّيْرِ في رَجُلِهِ أو آثارِ التَّعْلِيمِ ، مثل اسْتِجَابَتِهِ للَّذِي يَدْعُوهُ ، ونَحْوِ ذَلِكَ ، فَإِنْ لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فهو لَمَنْ صادَهُ ؛ لَأَنَّ الأَصْلَ إِبَاحَتُهُ وَعَدَمُ المِلْكِ فيه .

فصل : وَمَنْ أُخِذَتْ ثِيَابُهُ فِي الحِمَامِ وَوَجِدَ بَدَلُهَا ، أو أُخِذَ مَدَاسُهُ وَتُرِكَ له بَدَلُهُ ، لم يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ . قال أحمدٌ ، في مَنْ سُرِقَتْ ثِيَابُهُ وَوَجِدَ غَيْرَهَا : لم يَأْخُذْهَا ، فَإِنْ أَخَذَهَا عَرَفَهَا سَنَةً ، ثم تَصَدَّقَ بِهَا . إِنْما قال

(١) في الأصل : « الحويلة » .

ذلك ؛ لأنَّ آخِذَ الثَّيَابِ لم تَقَعْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهَا مُعَاوَضَةٌ تَقْتَضِي زَوَالَ مِلْكِهِ عَنْ ثِيَابِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا فَقَدْ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلَا يَعْرِفُ صَاحِبَهُ ، فَيَعْرِفُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ ، كَالصَّدَقَةِ بِاللُّقْطَةِ . قال شيخنا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ فِي هَذَا ، فَإِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى السَّرِقَةِ ، بَأَنْ تَكُونَ ثِيَابُهُ أَوْ مَدَاسُهُ خَيْرًا مِنَ الْمَتْرُوكِ لَهُ ، وَكَانَتْ مِمَّا لَا يَشْتَبِهُ عَلَى الْآخِذِ بِيَابِهِ وَمَدَاسِهِ ، [١٨٥/٥ ط] فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ إِنَّمَا جُعِلَ عَلَى الْمَالِ الضَّائِعِ مِنْ رَبِّهِ ، لِيَعْلَمَ بِهِ وَيَأْخُذَهُ . وَتَارِكُ هَذَا عَالِمٌ بِهِ رَاضٍ بِبَدَلِهِ عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، وَلَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ لَهُ ، فَلَا يَحْصُلُ مِنْ تَعْرِيفِهِ فَائِدَةٌ ، فَإِذَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيمَا يَصْنَعُ بِهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ، يَتَصَدَّقُ بِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الظَّاهِرِ تَرَكَهَا لَهُ بِإِذْنِهَا عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، فَصَارَ كَالْمُسِيحِ لَهُ أَخْذُهَا بِلِسَانِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ قَهَرَ إِنْسَانًا عَلَى أَخْذِ ثَوْبِهِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ دِرْهَمًا . وَالثَّالِثُ ، يَرْفَعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبْعَهَا وَيُدْفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنُهَا عَوَضًا عَنْ مَالِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَقْرَبُ إِلَى الرَّفْعِ بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِمَنْ سُرِقَتْ ثِيَابُهُ بِحُصُولِ عَوَضٍ عَنْهَا ، وَنَفْعًا لِلْسَّارِقِ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ مِنَ الْإِثْمِ ، وَحِفْظًا لِهَذِهِ الثَّيَابِ الْمَتْرُوكَةِ مِنَ الضَّيَاعِ ، وَقَدْ أَبَاحَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي مَنْ لَهُ عَلَى إِنْسَانٍ حَقٌّ مِنْ دَيْنٍ أَوْ غَضَبٍ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ إِذَا عَجَزَ عَنْ اسْتِيفَائِهِ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَهَهُنَا مَعَ رِضَاءٍ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ بِأَخْذِهِ

أُولَى . وإن كانت ثُمَّ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى أَنَّ الْآخِذَ لِلثَّيَابِ إِنَّمَا أَخَذَهَا ظَنًّا مِنْهَا أَنَّهُ ثِيَابُهُ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ الْمَتْرُوكَةُ مِثْلَ الْمَأْخُودَةِ أَوْ خَيْرًا مِنْهَا ، وَهِيَ مِمَّا تَشْتَبِهُ بِهَا ، فَيَتَبَيَّنُ أَنْ يُعْرِفَهَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَتْرُكْهَا عَمْدًا ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الصَّائِعَةِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ بِهَا أَخَذَهَا وَرَدَّ مَا كَانَ أَخَذَهُ ، فَتَصِيرُ كَاللُّقْطَةِ فِي الْمَعْنَى ، وَبَعْدَ التَّعْرِيفِ إِذَا لَمْ تُعْرِفْ ، فَفِيهَا الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ ، إِلَّا أَنَّا إِذَا قُلْنَا : يَا أَخْذُهَا أَوْ يَبِيعُهَا الْحَاكِمُ وَيَذْفَعُ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا . فَإِنَّمَا يَأْخُذُ بِقَدْرِ قِيَمَةِ ثِيَابِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ فَاضِلٌ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلَمْ يَرْضَ صَاحِبُهَا بِتَرْكِهَا عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ غَيْرَهَا اخْتِيَارًا مِنْهُ لِتَرْكِهَا ، وَلَا رَضِيَ بِالْمُعَاوَضَةِ بِهَا . وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يَذْفَعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبِيعَهَا وَيَذْفَعُ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا . فَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا عَمَّا^(١) فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُسْقِطَ عَنْهُ مِنْ ثَمَنِهَا مَا قَابَلَ ثِيَابَهُ ، وَيَتَصَدَّقَ بِالْبَاقِي .

فصل : نَقَلَ الْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الدَّارِ وَالسَّائِكُ فِي دَفْنٍ فِي الدَّارِ ، فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا : أَنَا دَفَنْتُهُ . يُبَيِّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا الَّذِي دَفَنَ ، فَكُلُّ مَنْ أَصَابَ الْوَصْفَ فَهُوَ لَهُ . [١٨٦/٥] وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَوْجَدُ مِنَ الدَّفْنِ فِي الْأَرْضِ مِمَّا عَلَيْهِ عِلَامَةُ الْمُسْلِمِينَ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ، وَاللُّقْطَةُ تُسْتَحَقُّ بِوَصْفِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُصِيبَ لِلْوَصْفِ فِي الظَّاهِرِ هُوَ مَنْ كَانَ ذَلِكَ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَهُ أَجْنَبِيَّانِ ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا .

فصل : وَمَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَكَانَ فِي جَيْشٍ ، فَقَالَ

وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ حَيَوَانٌ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ .

أحمد : يُعْرِفُهَا سَنَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ يَطْرَحُهَا فِي الْمَقْسِمِ . إِنَّمَا عَرَفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ مُبَاحَةٌ ، وَيجوزُ أَنْ تَكُونَ لِمُسْلِمٍ ، وَقَدْ لَا يُمْكِنُ الْمَقَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِتَعْرِيفِهَا . وَمَعْنَاهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يُتِمُّ التَّعْرِيفَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأَمَّا ابْتِدَاءُ التَّعْرِيفِ فَيَكُونُ فِي (١) الْجَيْشِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ لِأَحَدِهِمْ ، فَإِذَا قَفَلَ أَتَمَّ التَّعْرِيفَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْرِفَهَا فِي دَارِهِمْ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَإِذَا لَمْ تُعْرِفْ مَلَكَهَا ، كَمَا يَمْلِكُهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ كَانَ فِي الْجَيْشِ ، طَرَحَهَا فِي الْمَقْسِمِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهَا بِقُوَّةِ الْجَيْشِ ، فَاشْتَبَهَتْ مُبَاحَاتِ دَارِ الْحَرْبِ إِذَا أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا . فَإِنْ دَخَلَ إِلَيْهِمْ مُتَلَصِّصًا فَوَجَدَ لُقْطَةً ، عَرَفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ (١) أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالُهُمْ غَنِيمَةٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٥٠٥ - مسألة : (وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ حَيَوَانٌ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَبَيْنَ تَرْكِهِ) فِي الْحَالِ (وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ

قوله : وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ أَحَدُهَا ، حَيَوَانٌ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ

(١) سقط من : م .

المقنع وهل يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

والإنفاق عليه من ماله . وهل يَرْجِعُ به ؟ (على وَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مُلْتَقِطَ الشَّاقِ وما كان مِثْلَهَا مِمَّا يَبَاحُ أَكْلُهُ ، يَتَخَيَّرُ مُلْتَقِطُهَا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَكْلُهَا فِي الْحَالِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْغَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا ، لَهُ أَكْلُهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . جَعَلَهَا لَهُ فِي الْحَالِ ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّئِبِ ، وَالذَّئِبُ لَا يُؤْخَرُ أَكْلُهَا ، وَلَأنَّ فِي أَكْلِهَا فِي الْحَالِ إِغْنَاءٌ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَحِرَاسَةٌ لِمَالِيتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا بِكَمَالِهَا ، وَفِي إِتْقَانِهَا تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَالْعَرَامَةِ فِي عَظْفِهَا ، فَكَانَ أَكْلُهَا أَوْلَى . وَإِذَا أَرَادَ أَكْلُهَا حَفِظَ صِفَتَهَا ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا غَرَمَهَا لَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . [١٨٦/٥ ط] وَقَالَ مَالِكٌ : كُلُّهَا وَلَا غَرَمَ عَلَيْكَ لِمَا صَاحِبُهَا وَلَا تَعْرِيفَ لَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُوجِبْ فِيهَا تَعْرِيفًا وَلَا غَرَمًا ، وَلَأنَّهُ سَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّئِبِ ، وَالذَّئِبُ لَا يُعْرِفُ وَلَا يَغْرُمُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكًا أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى قَوْلِهِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ

الإنصاف

قِيَمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : لَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهُ تَعْرِيفًا . وَمُرَادُهُ ، إِذَا اسْتَوَتْ الثَّلَاثَةُ عِنْدَهُ ، أَمَا إِذَا كَانَ أَحَدُهَا أَحْظَ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ فِعْلُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَفْعَلُ الْأَحْظَ لِلْمَالِكِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » فِي بَابِ الْوَدِيعَةِ ، أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ وَجَبَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَيَوَانِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحَاكِمِ ؛ إِنْ

صَلَّى عَلَيْهِ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو : « رُدُّ عَلَى أَخِيكَ صَلَاتَهُ »^(١) . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الشَّاةَ عَلَى مِلْكٍ صَاحِبِهَا . وَلِأَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا قِيَمَةٌ ، وَتَتَّبِعُهَا النَّفْسُ ، فَتَجِبُ غَرَامَتُهَا لِصَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، كَغَيْرِهَا ، وَلِأَنَّهَا مِلْكٌ لِصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ تَمْلُكُهَا عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ الْبَنِيَانِ ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ يَجِبُ رَدُّهَا مَعَ بَقَائِهَا ، فَوَجِبَ غَرْمُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كُلُّ لُقْطَةٍ الذَّهَبِ . وَكَوْنُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « هِيَ لَكَ » لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أَذِنَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ بَعْدَ تَغْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وَقَالَ : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ »^(٢) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ . وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجْدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْمِصْرِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّدِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ يَتَعَمَّقُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلَهُ فِي الصَّخْرَاءِ جَازَ فِي الْمِصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعَلَّلٌ بِمَا ذَكَرْنَا

رَأَى مِنَ الْمَصْلَحَةِ يَتَعَمَّقُهَا وَحَفِظَ ثَمَرَهَا ، أَوْ يَتَّبِعَ الْبَعْضَ فِي مُؤَنَّةٍ مَا بَقِيَ ، أَوْ أَنْ يَسْتَفْرِضَ عَلَى الْمَالِكِ ، أَوْ يُؤَجِّرَ فِي الْمُؤَنَّةِ ، فَعَلَ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : لَا يَبِيعُ بَعْضَ الْحَيَوَانِ . وَافْتَى أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ الرَّاعُونِيِّ بِأَكْلِهِ بِمَضْيَعَةٍ بِشَرْطِ ضَمَانِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ تَعَجِيلُ ذَبْحِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَبُ . وَقَالَ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ

(١) أخرجه الطحاوى . شرح معاني الآثار ١٣٥/٤ .

(٢) تقدم تخريجُه في صفحة ١٨٦ . ولفظ : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ » ليست في مصادر التخرُّج إلا عند ابن ماجه

فهى كسبيل مالك .

من الاستغناء عن الإنفاق عليها ، وهذا في المضرب أشد منه في الصخراء .
الثاني ، تركها والإنفاق عليها من ماله ، ولا يتملكها ، فإن تركها ولم ينفق
عليها ، ضمنتها ؛ لأنه فرط فيها . وإن أنفق عليها متبرعا ، لم يرجع على
صاحبها ، فإن أنفق بنية الرجوع على صاحبها ، وأشهد على ذلك ، رجع
عليه بما أنفق ، في إحدى الروايتين . نص عليه أحمد في رواية المروزي ،

الشرح الكبير

في « الفصول » ، وابن بكروس : لا تصرف قبل الحول في شاة ونحوها بأكل
ولا غيره ، رواية واجدة ، ونحوه قول أبي بكر ، قال في « زاد المسافر » : وضالة
الغنم إذا أخذها يعرفها سنة ، وهو الواجب ، فإذا مضت السنة ، ولم يعرف
صاحبها ، كانت له مثل ما التقط من غيرها . قال الحارثي : وقد قال الشريفيان ؛
أبو جعفر ، والزيدى : لا تملك الشاة قبل الحول ، رواية واجدة . وكذا حكى
السامري ، قال : إن كانت اللقطة حيوانا ، يجوز أخذه كالغنم ، وما حكمه
حكمها ، لم يملكها قبل الحول . قال الزركشي : وظاهر كلام الخريفي ، أن
الحيوان يعرف كغيره ، وهو مفتضى كلام صاحب « التلخيص » ، وأبي
البركات [٢٣٠/٢] ، وغيرهما . قال الحارثي : وهذا ينفي اختيار الأكل ؛ لأنه
تملك عاجل . قال (١) : وهذا ، أعني الجفط من غير تخيير ، هو الصحيح ،
وكان قال قبل ذلك : أولى الأمور ، الجفط مع الإنفاق ، ثم البيع وجفط
تبعه (٢) ، ثم الأكل وغرم القيمة . انتهى . وقال ناظم المفردات :
والشاة في الحال ولو في المضرب تملك بالضمان إن لم يبرى

الإنصاف

(١) سقط من الأصل .

(٢) سقط من ط .

الشرح الكبير

في طيرة أفرخت عند قوم ، فقضى أن الفراع لصاحب الطيرة ، ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعاً . وقضى عمر بن عبد العزيز في من وجد ضالة فأنفق عليها ، فجاء ربها ، فإنه يعزم له ما أنفق ؛ وذلك أنه أنفق على اللقطة لحفظها ، فكان من مال صاحبها ، كمؤنة تجفيف الرطب والعنب . والثانية ، لا يرجع بشيء . [١٨٧/٥] وهو قول الشعبي ، والشافعي ، ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز ؛ لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه ، فلم يرجع به ، كما لو بنى داره ، ويفارق العنب والرطب ، فإنه قد يكون تجفيفه والإنفاق عليه أحظ لصاحبه ؛ لأن الثقة عليه لا تتكرر ، والحيوان يتكرر الإنفاق عليه ، فربما استغرق ثمنه ، فكان بيعه وأكله أحظ ، فلذلك لم يرجع المنفق عليها بما أنفق . الثالث ، بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها ، وله أن يتولى ذلك بنفسه . وقال بعض أصحاب الشافعي :

قوله : وهل يرجع بذلك ؟ على وجهين . وهما روايتان في «المجرد» ، «الإنصاف» و «الفصول» ، و «المعنى» ، و «الشرح» ، و «المستوعب» ، وغيرهم . وأطلقهما في «المعنى» ، و «الشرح» ، و «المستوعب» ، و «الزركشي» ؛ أحدهما ، يرجع إذا نوى الرجوع . وهو المذهب ، نص عليه ، وصححه في «التصحيح» . قال الحارثي : والأصح الرجوع . والرجوع هو المنصوص في الآبق ، والآبق من نحو الضالة . وجزم به في «الوجيز» ، و «الإرشاد» . قال أبو بكر : يرجع مع ترك التعدي ، فإن تعدى ، لم يحسب له . والوجه الثاني ، لا يرجع . قال في «القاعدة الخامسة والسبعين» : إن كانت الثقة بإذن حاكم ، رجع ، وإن لم تكن بإذنه ، ففيه الروايتان . يعني اللتين في من أدى حقاً واجباً عن

يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا جازَ لَهُ أَكْلُهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ فَبِيعُهَا أَوْ لَى .
وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهَا تَعْرِيفًا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . وَلَمْ يَأْمُرْ
بِتَعْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ،
فَوَجِبَ تَعْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ ذِكْرَ تَعْرِيفِهَا ؛ لِأَنَّهُ
ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِ التَّعْرِيفِ فِي مَا سِوَاهَا ، فَاسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ،
وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ تَعْرِيفِهَا ، كَالْمَطْعُومِ ،
وَإِذَا أَرَادَ يَبِيعُهَا أَوْ أَكْلُهَا ، لَزِمَهُ حِفْظُ صِفَتِهَا ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ،
وَسَنَدُ كُرْهِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

فصل : وَإِذَا أَكَلَهَا ثَبِتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ
الْفَائِدَةِ فِيهِ ، فَإِنَّهَا لَا تَنْقَلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَلَوْ عَزَلَ شَيْئًا
ثُمَّ أَفْلَسَ ، كَانَ صَاحِبُ اللُّقْطَةِ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصْ بِالْمَالِ الْمَعْزُولِ .
فَأَمَّا إِنْ بَاعَهَا وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ
أَحَدٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ .

غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَنَوَى الرُّجُوعَ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ الرُّجُوعُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي
بَابِ الضَّمَانِ ، فَكَذَا هُنَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَمِنْهُمْ مَنْ رَجَعَ هُنَا عَدَمَ الرُّجُوعِ ؛
لِأَنَّهُ حَفِظَهَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا ، بَلْ كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَبِيعِهَا وَحَفِظَ ثَمَنَهَا . وَذَكَرَ ابْنُ
أَبِي مُوسَى ، أَنَّ الْمُتَلَقِّطَ إِذَا أَنْفَقَ غَيْرَ مُتَطَوِّعٍ بِالثَّقَفَةِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ
مُحْتَسِبًا ، فَقِيَ الرُّجُوعُ رَوَاتَيْنِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : إِنْ كَانَ بِإِذْنِ

الثاني ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ ^{المقنع}

٢٥٠٦ - مسألة : (الثاني ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ) إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ تَجْفِيفُهُ ؛ كَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُجَفَّفُ ، وَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْخَضْرَاوَاتِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِيقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ . فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى تَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَرَطُ فِي حِفْظِهِ ، فَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ ثَبَتَ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الشَّائَةِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : [١٨٧/٥ ط] لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ، جَازَ الْبَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ ، فَأَمَّا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِثْنَائِهِ فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزَ لَغَيْرِ الْحَاكِمِ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ الْمُتَلَقِّطِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ أُبِيحَ لِلْمُتَلَقِّطِ أَكْلَهُ ، فَأُبِيحَ لَهُ بَيْعُهُ ، كَالِهِ . وَمَتَى أَرَادَ بَيْعُهُ أَوْ أَكْلَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثُمَّ

حَاكِمٍ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَإِنْ أَنْفَقَ بغيرِ إِذْنِهِ ، وَلَمْ يُشْهَدْ بِالرُّجُوعِ ، فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ ، وَإِنْ أَنْفَقَ مُحْتَسِبًا بِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الرُّجُوعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .
قوله : الثاني ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ . يَعْنِي ، إِذَا اسْتَوَى ، وَإِلَّا فَفَلِ الْأَحْظَ ، كَمَا تَقَدَّمَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَهُ أَكْلُ الْحَيَوَانِ ، وَمَا يُخْشَى فَسَادُهُ بِقِيَمَتِهِ . قَالَ أَصْحَابُنَا . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : يَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنْ الْعُرُوضُ لَا تُمْلِكُ . أَنَّهُ ^(٢) لَا يَأْكُلُ ، وَلَكِنْ يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ .

(١) المغنى ٣٤٢/٨ .

(٢) في ط : « لِأَنَّهُ » .

تَجْفِيفُهُ ؛ كَالْعِنَبِ ، فَيَفْعَلُ مَا يَرَى الْحَظُّ فِيهِ لِمَالِكِهِ .

الشرح الكبير

عَرَفَهُ عَامًّا ، عَلَى مَا نَذَرُوهُ . فَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ
أَوْ نَقْصٍ ، أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ أَوْ نَقَصَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانُ عَلَيْهِ .
وإِنْ تَلَفَ أَوْ نَقَصَ بِتَفْرِيطِهِ ، أَوْ تَلَفَتِ اللَّقْطَةُ بِتَفْرِيطِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ،
وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَ بَعْدَ تَمَلُّكِهِ أَوْ نَقَصَ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا (يُمَكِّنُ تَجْفِيفُهُ ؛

الإنصاف

وَذَكَرَ نَصًّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مَا لَا يَتَّقَى ، قَالَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ ،
وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ . كَذَا أَوْرَدُوا مُطْلَقًا . وَقَدْ أَبَوَ
الْخَطَّابُ بِمَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : عَرَفَهُ بِقَدْرِ مَا يَخَافُ فُسَادَهُ ، ثُمَّ هُوَ
بِالْخِيَارِ . قَالَ : وَقَوْلُهُ : بِقَدْرِ مَا يَخَافُ فُسَادَهُ . وَهَمَّ ، وَإِنَّمَا هُوَ بِقَدْرِ مَا لَا
يَخَافُ . قُلْتُ : وَتَابِعَ أَبَا الْخَطَّابِ عَلَى هَذِهِ الْبَيَارِقِ فِي « الْمَذْهَبِ » ،
و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَجَمَاعَةً . وَمَشَى عَلَى الصَّوَابِ فِي
« الْخُلَاصَةِ » ، فَقَالَ : عَرَفَهُ ، مَا لَمْ يَخْشَ فُسَادَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْمَذْهَبُ
الْإِبْقَاءُ ، مَا لَمْ يَفْسُدْ مِنْ غَيْرِ تَخْيِيرٍ ، عَلَى مَا مَرَّ نَصُّهُ فِي الشَّائِءِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَإِذَا
دَنَا الْفَسَادُ ، فَرَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، التَّصَدَّقُ بِعَيْنِهِ مَضْمُونًا عَلَيْهِ . وَالثَّانِيَةُ ، الْبَيْعُ
وَحِفْظُ الثَّمَنِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقُهُمَا الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى :
يَتَصَدَّقُ بِالثَّمَنِ . انْتَهَى . وَمَعَ تَعَذُّرِ الْبَيْعِ أَوْ الصَّدَقَةِ بِجَوْزِهِ أَكْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ .
تَنْبِيهِ : حَيْثُ قُلْنَا : يُبَاغُ . فَإِنَّ الْبَائِعَ الْمُتَقِطُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛
سِوَاءَ كَانَ يَسِيرًا أَوْ كَثِيرًا ؛ تَعَذَّرَ الْحَاكِمُ أَوْ لَا . وَعَنْهُ ، يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَرْفَعُ الْكَثِيرَ
إِلَى الْحَاكِمِ . وَعَنْهُ ، يَبِيعُهُ كُلَّهُ إِنْ فَقَدَ الْحَاكِمَ ، وَإِلَّا رَفَعَهُ إِلَيْهِ .

فَالَّذِي : لَوْ تَرَكَهُ حَتَّى تَلَفَ ، ضَمِنَهُ .

قَوْلُهُ : إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ تَجْفِيفَهُ ، كَالْعِنَبِ ، فَيَفْعَلُ مَا يَرَى فِيهِ الْحَظُّ لِمَالِكِهِ . أَيْ مِنْ

وَعَرَامَةُ التَّجْفِيفِ مِنْهُ . وَعَنْهُ ، يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَذْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْمَقْنَعِ الْحَاكِمِ .

الشرح الكبير كالْعَنْبِ (وَالرُّطْبِ ، فَيَنْظُرُ مَا فِيهِ الْحَظُّ لِلْمَالِكِ ، فَإِنْ كَانَ فِي التَّجْفِيفِ فَعَلَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَهُ فَعْلُ^(١) مَا فِيهِ الْحَظُّ لَصَاحِبِهِ ، كَوَلَّى الْيَتِيمَ .

٢٥٠٧ - مسألة : (وَغَرَامَةُ التَّجْفِيفِ مِنْهُ) وَلَهُ يَبِيعُ بَعْضُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُوَضِّعُ حَاجَةٍ . فَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ رَجَعَ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ هُنَا لَا تُكْرَرُ ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الْحَيَّوَانِ ، فَإِنَّهَا تُكْرَرُ ، فَرُبَّمَا اسْتَوْعَبَتْ قِيَمَتَهُ ، فَلَا يَكُونُ لَصَاحِبِهَا حَظٌّ فِي إِمْسَاكِهَا إِلَّا بِإِسْقَاطِ النَّفَقَةِ . وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي بَيْعِهِ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كَالطَّعَامِ الرَّطْبِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفَهُ ، تَعَيَّنَ أَكْلُهُ ، كَالْبَطِيخِ^(٢) . وَإِنْ كَانَ أَكْلُهُ أَنْفَعَ لَصَاحِبِهِ ، فَلَهُ أَكْلُهُ أَيْضًا .

الإنصاف التَّجْفِيفُ وَالْبَيْعُ وَالْأَكْلُ . وَصَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » . وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالسَّامَرِيُّ الْأَكْلَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ قَبْلَ انْقِضَاءِ التَّعْرِيفِ فِيمَا يَنْقَى ، وَهُوَ خِلَافُ الْأَصْلِ . وَاقْتَصَرُوا عَلَى الْأَحْظَ ؛ مِنَ التَّجْفِيفِ وَالْبَيْعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَقْوَى . وَقَالَ : وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، مِنْ رِوَايَةِ مُهَنَّا ، وَإِسْحَاقَ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا التَّوَعُّعِ وَالَّذِي قَبْلَهُ . وَكَذَا كَلَامُ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، قَالَ : فَيَجْرِي فِيهِ^(٣) مَا مَرَّ مِنَ الْخِلَافِ . انْتَهَى .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « كَالْبَطِيخِ » .

(٣) في ط : « مِنْهُ » .

الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْمَالِ ، فَيَلْزَمُهُ حِفْظُهُ ، وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ

قال شيخنا^(١) : وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنَّ الْعُرُوضَ لَا تُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ . وَأَنَّ^(٢) هَذَا كُلُّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، لَكِنْ يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ بِهِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي مَنْ وَجَدَ فِي مَنْزِلِهِ طَعَامًا لَا يَعْرِفُهُ : يُعْرِفُهُ مَا لَمْ يَخْشَ فُسَادَهُ ، فَإِنْ خَشِيَ فُسَادَهُ ، تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ غَرَمَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فِي لُقْطَةٍ مَا لَا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَبِيعُهُ وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . وَلَنَا عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ » . وَهَذَا تَجْوِيزٌ لِلْأَكْلِ . فَإِذَا جَازَ أَكْلُ مَا هُوَ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَفِيمَا^(٣) يَفْسُدُ بِنَفْسِهِ أَوَّلَى . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ (يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَدْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْحَاكِمِ) لِأَنَّ الْكَثِيرَ مَالٌ لَغِيرِهِ ، لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، فَيَكُونُ أَمْرُهُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَأَمَّا [١٨٨/٥] الْيَسِيرُ فَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ ، وَيَشُقُّ رَفْعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ ، وَرُبَّمَا تَضِيعُ عِنْدَ السُّلْطَانِ .

٢٥٠٨ - مسألة : (الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْمَالِ ، فَيَلْزَمُهُ حِفْظُهُ ، وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ

قوله : وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ - يَعْنِي وَجُوبًا - بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ

(١) في: المغني ٣٤٢/٨ .

(٢) في النسخ : هـ وأن . وانظر ما يأتي في صفحة ٢٤٠ .

(٣) في م : هـ فما .

الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا : مَنْ صَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ [١٥٠] أَوْ نَفَقَةً . ^{الفتح}
وَأَجْرَةُ الْمُنَادَى عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ ،
وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ ، يَرْجِعُ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ .

في أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا ، مَنْ صَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ أَوْ نَفَقَةً . وَأَجْرَةُ ^{الشرح الكبير}
الْمُنَادَى عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ
حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ ، رَجَعَ بِالْأَجْرِ عَلَيْهِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ فُضُولًا
سِتَّةٌ : فِي وَجُوبِهِ ، وَقَدْرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ ، وَكَيْفِيَّتِهِ .
أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سَوَاءً أَرَادَ تَمْلِكُهَا أَوْ حِفْظَهَا
لصَاحِبِهَا ، إِلَّا فِي الْيَسِيرِ الَّذِي لَا تَتَّبِعُهُ النَّفْسُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لَصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ، وَابْنُ بَنِي كَعْبٍ ^(١) ، وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلَئِنْ حِفْظَهَا

شَيْءٌ أَوْ نَفَقَةً . وَهَذَا بِلَا زَوَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَوَقْتُ التَّعْرِيفِ النَّهَارُ ، وَيَكُونُ فِي ^{الإنصاف}
الْأُسْبُوعِ الْأَوَّلِ ، فِي كُلِّ يَوْمٍ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ،
و « الرِّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : ثُمَّ مَرَّةً فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ مِنْ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَرَّةً فِي كُلِّ شَهْرٍ .
وَقِيلَ : عَلَى الْعَادَةِ بِالنَّدَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . قُلْتُ : وَهُوَ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها
تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم
١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء
في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ،
من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

لصاحبها إنما فائدتُه إيصالها إليه ، وطريقه التعريف ، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها ، فهو وهلاكها سيان ، ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها ، فلم يجوز ، كردها إلى موضعها ، أو إلقائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف ، لما جاز الالتقاط ؛ لأن بقاءها في مكانها إذا أقرب إلى وصولها إلى صاحبها ؛ إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها ، وإما بأن يأخذها من يعرفها ، وأخذ هذا لها يفوت الأمرين ، فيحرم ، فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف ، كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها ، وكذلك على^(١) من أراد حفظها ، فإن التملك غير واجب ، فلا تجب الوسيلة إليه ، فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه ؛ لصيانتها عن الضياع عن صاحبها ، وهذا موجود في محل النزاع .

الفصل الثاني ، في قدر التعريف ، وذلك سنة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن عمر رواية أخرى : يعرفها ثلاثة أشهر . وعنه ثلاثة أعوام ؛ لأن أنبي بن كعب روى أن النبي ﷺ أمره

الإصاف الصواب ، ويكون ذلك على الفور . وقيل : يعرفها بقرب الصخر ، وإذا وجدها فيها . قال في « الرعاية الكبرى » : قلت : في أقرب البلدان منه .

تنبيه : شمل قوله : ويعرف الجميع . الحيوان وغيره . وهو أحد القولين .

(١) سقط من م .

الشرح الكبير

بِتَعْرِيفِ مِائَةِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةَ أَعوَامٍ . وَقَالَ أَبُو أَيُّوبَ الْهَاشِمِيُّ ^(١) : مَا دُونَ الْخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعْرِفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ : مَا [١٨٨/٥ ط] دُونَ عَشْرَةِ دِرَاهِمٍ يُعْرِفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ فِي الدَّرْهَمِ : يُعْرِفُهُ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ . وَقَالَ إِسْحَقُ : مَا دُونَ الدِّينَارِ يُعْرِفُهُ جُمُعَةٌ أَوْ نَحْوُهَا . وَرَوَى أَبُو إِسْحَقَ الْجُوزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ التَّقَطَّ دِرْهَمًا أَوْ حَبْلًا ، أَوْ شِبْهَ ذَلِكَ ، فَلْيُعْرِفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعْرِفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ » ^(٢) . وَلَنَا ، حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الصَّحِيحُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعَامٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا الْقَوَافِلُ ، وَيَمُضِي فِيهَا الزَّمَانُ الَّذِي تُقْصَدُ فِيهِ الْبِلَادُ مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْإِعْتِدَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا ، كُمْدَةً أَجَلَ الْعَيْنِ ^(٣) . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي ، فَقَدْ قَالَ الرَّاوِي : لَا أَذْرى ثَلَاثَةَ أَعوَامٍ ، أَوْ عَامًا وَاحِدًا . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّاوِي فِي ذَلِكَ . وَحَدِيثُ يَعْلَى لَمْ يَقُلْ بِهِ قَائِلٌ عَلَى وَجْهِهِ ، وَحَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ وَأَبِي أَصَحُّ مِنْهُ وَأَوَّلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ السَّنَةُ تَلِي الْإِلْتِقَاطَ ، وَتَكُونُ مُتَوَالِيَةً ؛

وَتَقْدُمُ أَنْ أَبَا بَكْرٍ ، وَأَبَا الْحُسَيْنِ ، وَابْنَ عَقِيلٍ ، وَابْنَ بَكْرٍ ، وَالشَّرِيفَيْنِ ، وَالْإِنصَافِ غَيْرُهُمْ قَالُوا : لَا يَتَصَرَّفُ فِي شَأْنٍ وَلَا فِي غَيْرِهَا [٢٣٠/٢ ط] قَبْلَ الْحَوْلِ ، رَوَايَةٌ

(١) سليمان بن داود بن علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي ، أبو أيوب ، قال عنه أحمد بن حنبل : لو قيل لي : اختر للأمة رجلاً ، اخترته . توفي سنة تسع عشرة ومائتين : تهذيب التهذيب ٤/ ١٨٧ ، ١٨٨ .
(٢) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤/ ١٧٣ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/ ١٩٥ . والمهشمي ، في : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤/ ١٦٩ .
(٣) العين : هو من لا يأتي النساء عجزاً ، أو لا يريدن .

لأن النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سُئِلَ عنها ، والأمر يُقتضى الفور ، ولأنَّ القَصْدَ بالتَّعْرِيفِ وَصُولَ الْخَبَرِ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضَيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الْغَالِبِ إِنَّمَا يَطْلُبُهَا عَقِيبَ ضَيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَخْصِصُ التَّعْرِيفِ بِهِ .

الفصل الثالث ، في زَمَانِهِ ، وَهُوَ النَّهَارُ دُونَ اللَّيْلِ ؛ لِأَنَّ النَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ وَمُلْتَقَاهُمْ ، بِخِلَافِ اللَّيْلِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي وَجَدَهَا وَالْأَسْبُوعَ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، وَلَا يَجِبُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ مُتَوَالِيًا . وَقَدْ رَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَذْرِ الْجُهَنِيِّ ، قَالَ : نَزَلْنَا مُنَاخَ رَكَبٍ فَوَجَدْتُ خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إِلَى عُمَرَ ، فَقَالَ : عَرَفْتُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ أَمْسِكُهَا حَتَّى قَرَنَ السَّنَةِ ، وَلَا يَفِيدُ مِنْ رَكَبٍ إِلَّا أَنْشَدْتُهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثُمَّ شَأْنُكَ بِهَا^(١) .

واحدة . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، تُعْرَفُ الشَّاةُ . وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ لَمْ يَذْكُرُوا لِلْحَيَوَانِ تَعْرِيفًا . وَتَقَدَّمَ أَيْضًا ، أَنَّ مَا يُخْشَى فُسَادُهُ ، يُعْرَفُ^(٢) بِمُقْدَارِ مَا لَا يُخَافُ فُسَادُهُ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ الْجَوْزِيِّ ، وَالسَّامُرِيِّ ، وَصَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي اللَّفْظَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَفْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وَلَيْسَ فِيهِ لَفْظُ : « عَرَفْتُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ تَعْرِيفِ اللَّفْظَةِ وَمَعْرِفَتِهَا وَالْإِشْهَادَ عَلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ اللَّفْظَةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٩٣/٦ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ط .

الشرح الكبير

الفصل الرابع ، في مكانه ، وهو الأسواق ، وأبواب المساجد والجوامع ، في الوقت الذي يجتمعون فيه ، كأدبار الصلوات في المساجد ، وكذلك في مجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ؛ ليظهر عليها صاحبها ، فيجب تحرر مجامع الناس ، ولا ينشدُها في المسجد ؛ لأن المسجد لم يُبنَ لهذا . وروى أبو [١٨٩/٥ و] هُرَيْرَةَ عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ صَلَاتَهُ فِي الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ . فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَمْ يُبْنَ لَهُذَا »^(١) . وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

الفصل الخامس ، في كيفية تعريفها ، فيذكرُ جنسها لا غير ، فيقول : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ ذَهَبٌ ، أَوْ فِضَّةٌ ، أَوْ دَرَاهِمٌ ، أَوْ دَنَانِيرٌ ، أَوْ ثِيَابٌ . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، لواجد الذهب : قُلْ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها العليم صفتها من يسمعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها ؛ لمشاركة من يسمعه للمالك في ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يدعيها من سمع صفتها ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها ،

الإنصاف

قال الحارثي : والأصح أنها تُعرفُ حوْلاً .

تنبيه : ظاهرُ قوله : وأبواب المساجد . أنه لا يُعرفُها في نفس المساجد . وهو صحيح . بل يُكره ، على الصحيح من المذهب . قدّمه في « الفروع » . وقال في « غيون المسائل » : يحرّم . وقاله ابن بطّة في إنشادها .

(١) تقدم ترجمته في ١١٩/٣ .

الشرح الكبير

فَيَأْخُذَهَا ، فَتَقُوتَ عَلَى مَالِكِهَا .

الفصل السادس ، في مَنْ يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، وَلِلْمُلْتَقِطِ تَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، وَأَنْ يَسْتَتِيبَ فِيهِ ، فَإِنْ وَجَدَ مُتَبَرِّعًا بِذَلِكَ وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمُلتَقِطِ . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . واختار أبو الخطاب ، أَنَّهُ إِنْ قَصَدَ حِفْظَهَا لِمَالِكِهَا دُونَ تَمْلِكِهَا رَجَعَ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . وكذلك قال ابن عَقِيلٍ فيما لَا يَمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةِ إِصَالِهَا إِلَى مَالِكِهَا ، فَكَانَ عَلَى مَالِكِهَا ، كَمُؤَنَةِ تَجْفِيفِهَا ، وَأَجْرَةُ مَخْزَنِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا أَجْرٌ وَاجِبٌ عَلَى الْمُعْرِفِ ، « فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَصَدَ تَمْلِكُهَا » ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَلِيَهُ بِنَفْسِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ عَلَى صَاحِبِهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِمِلْكِهَا ، فَكَانَ عَلَى الْمُلتَقِطِ ، كَمَا لَوْ قَصَدَ تَمْلِكُهَا . وقال مالكٌ : إِنْ أُعْطِيَ مِنْهَا شَيْئًا لِمَنْ عَرَفَهَا ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ مِنْهَا شَيْئًا لِمَنْ حَفِظَهَا . وقد ذَكَرْنَا الدَّلِيلَ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أُثِمَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وقال في حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ

الإِنصاف

فائدة : لَوْ أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ ، أُثِمَ ، وَسَقَطَ التَّعْرِيفُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَخَرَجَ عَدَمُ السَّقُوطِ مِنْ نَصِّهِ عَلَى تَعْرِيفِ مَا يُوجَدُ مِنْ دَفْنِ الْمُسْلِمِينَ . وَهُوَ وَجْهُ ذِكْرِهِ فِي « الْمَعْنَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . فَيَأْتِي بِهِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، أَوْ يُكْمَلُهُ إِنْ أَخْلَ بَعْضُ الْأَوَّلِ . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا عَدَا الْحَوْلَ

(١-١) سقط من : م .

الشرح الكبير

حِمَارٍ : « لَا يَكْتُمُ وَلَا يُعَيِّبُ »^(١) . وَلَأنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يَعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ الْحَوْلِ يَسْلُو عَنْهَا وَيَنَاسُ ، فَيَتْرَكَ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لَا تَحْصُلُ بَعْدَهُ . فَإِنْ تَرَكَهُ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَهُ ، [١٨٩/٥ ط] وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ ، وَلَأنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَعْتٍ مِنَ الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِتْيَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَاتَّبِعُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ »^(٢) . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ، وَأَتَمَّهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كَلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا عدا الْحَوْلِ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمِلْكِ التَّعْرِيفُ فِيهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلِذَلِكَ لَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَّ بَعْضُ الطُّهَارَةِ فِي الصَّلَاةِ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي

الأَوَّلِ . وَكَذَا لَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ بَعْدَهُ . الْإِنْصَافُ
وَفِي الصَّدَقَةِ بِهِ الرَّوَايَتَانِ اللَّتَانِ فِي الْعُرُوضِ . أَمَّا إِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ
لَعَجَزَ عَنْهُ ؛ كَالْمَرِيضِ وَالْمَخْبُوسِ ، أَوْ لِنِسْيَانِهِ وَنَحْوِهِ ، أَوْ ضَاعَتْ ، فَعَرَفَهَا فِي
الْحَوْلِ الثَّانِي ، فَقِيلَ : يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ ، وَلَا يَمْلِكُهَا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) بِأَنَّى الْحَدِيثِ بِتَأَمُّهِ فِي الصَّفْحَةِ بَعْدَ الثَّالِيَةِ .

(٢) تَقَدَّمَ تَخْرِيْجُهُ فِي ١٨٨/٢ .

الْحَوْلِ الْأَوَّلِ لَعَجْزِهِ عَنْهُ ؛ كَالْمَرِيضِ وَالْمَحْبُوسِ ، أَوْ لِنِسْيَانِهِ وَنَحْوِهِ ،
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ تَرَكَهُ لغيرِ عُدْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَعْرِيفُهُ
فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ سَبَبُ الْمِلْكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي لَانْتِفَاءِ سَبَبِهِ ، سَوَاءً انْتَفَى
لِعُدْرٍ أَوْ لغيرِهِ . وَالثَّانِي ، يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْخَرْهُ
عَنْ وَقْتِ إِمْلَاكِهِ ، أَشْبَهَ تَعْرِيفُهَا فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

فصل : وَمَتَى عَرَفَ اللَّقْطَةُ حَوْلًا فَلَمْ تَعْرِفْ ، مَلَكُهَا ، غَنِيًّا كَانَ أَوْ
فَقِيرًا ، رَوَى نَحْوُ^(١) ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ . وَرَوَى عَنْ

الْإِنصَافِ وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » . وَقِيلَ : يَمْلِكُهَا ، وَلَا يَسْقُطُ
التَّعْرِيفُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » .

قَوْلُهُ : وَأَجْرَةُ الْمُتَادِي عَلَيْهِ . يَعْنِي ، عَلَى الْمُتَقِطِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ،
وَعَلَيْهِ جَمْعُورُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ
الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قَوْلُهُ : وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يَمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِلْمَالِكِ ،
يُرْجَعُ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا لَا يَمْلِكُ

(١) سقط من : م .

على ، وابن عباس ، والشعبي ، والتخيمي ، وطائوس ، وعكرمة نحو ذلك . وقال مالك ، والحسن بن صالح ، والثوري ، وأصحاب الرأي : يتصدق بها ، فإذا جاء صاحبها خيراً بين الأجر والغرم ؛ لما روى أبو هريرة ، عن النبي ﷺ أنه سُئِلَ عن اللقطة ، فقال : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . وروى : « ثلاثة أحوال ، فإن جاء ربُّها ، وإلا تصدَّقَ بها ، فإذا جاء ربُّها ، فرضى بالأجر ، وإلا غرمها »^(١) . ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ، ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك ، فلم يزل ملكه عنه ، كغيرها . قالوا : وليس له أن يتملكها . إلا أن أبا حنيفة قال : له ذلك . إن كان فقيراً من غير ذوى القربى ؛ لما روى عياض بن حمار المجاشعي ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ - أَوْ ذَوَى عَدْلٍ - وَلَا يَكُنْهُ وَلَا يُعَيِّبْ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيُرُدِّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رواه النسائي^(٢) . قالوا : وما يُضاف إلى الله

بالتعريف ، يرجع عليه بالأجرة . وذكر في « الفنون » أنه ظاهر كلام أصحابنا . الإِنصاف . وقيل : على ربِّها مطلقاً . وعند الحلواني وإبيه ، الأجرة من نفس اللقطة ، كما لو جفَّفَ العنب ونحوه . وقيل : من يَتَمَلَّكُ المال ، فإن تَعَدَّرَ ، أَخَذَهَا الْحَاكِمُ مِنْ رَبِّهَا .

(١) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الرضاع . سنن الدارقطني ١٨٢/٤ . وانظر : مصنف عبد الرزاق ١٣٨/١٠ ، ١٣٩ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٤٥٢/٦ .

(٢) في : باب الإِشْهَادِ عَلَى اللُّقْطَةِ ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٤١٨/٣ . كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٧/١ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ ، دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ .
وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذَلِكَ .

تعالى ، إِنَّمَا يَتَمَلَّكُهُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ هَذَا الْقَوْلِ ، فَأَنكَرَهُ الْخَلَّالُ ، وَقَالَ : لَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ^(١) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « وَلَا فَهِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « ثُمَّ كُلُّهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « فَانْتَمِيعَ بِهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . فِي حَدِيثِ أَبِي بِنٍ كَعْبٍ ^(٢) . [١٩٠/٥ ط] وَفِي لَفْظٍ : « فَاسْتَمْنِعَ بِهَا » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٣) ، وَلَأَنَّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَرْضِ مَلَكَ اللَّقْطَةَ ، كَالْفَقِيرِ ، وَمَنْ جَازَ لَهُ الْإِتْفَاطُ مَلَكَ بِهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ ، وَحَدِيثُهُمْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَا نَقَلَ فِي كِتَابٍ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُوثَقُ بِهِ . وَدَعَوَاهُمْ فِي حَدِيثِ عِيَّاضٍ أَنَّ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لَا يَتَمَلَّكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ ، لَا بُرْهَانَ لَهَا ، وَبُطْلَانُهَا ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَعَاتَوْهُمْ مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ ^(٤) .

٢٥٠٩ - مَسْأَلَةٌ : (فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذَلِكَ) نَصٌّ

قوله : فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ . هَذَا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٣) انظر مواضع هذه الألفاظ في : إرواء الغليل ٢١/٦ ، ٢٢ .

(٤) سورة النور ٣٣ .

عليه أحمد، في رواية الجماعة. وهو ظاهر كلام الخِرَقِي؛ لقوله: «وإلا كانت كسائر ماله». وعند أبي الخطاب: لا تدخل في^(١) ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي؛ فقال بعضهم كفولنا. وقال قوم: يملكها بالنية. ومنهم من قال: يملكها بقوله: اخترت ملكها. ومنهم من قال: لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها؛ لأن هذا تملك بعوض، فلم يحصل إلا باختيار الممتلك، كالقرض. ولنا، قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي كسائر مالك». وقوله: «فاستنفقها». ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له، ولم يجوز له التصرف قبله. وفي لفظ: «كلها». وهذه الألفاظ كلها تدل على ما قلنا، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تم، وجب أن يثبت به الملك حكماً،

المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، ونص عليه. قال في «عيون الإنصاف المسائل»: هذا الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام الخِرَقِي، وصححه في «النظم» وغيره. قال الزركشي: نص عليه في رواية الجماعة، واختاره الجمهور. قال الحارثي: المذهب أن الملك قهري، يثبت عند انقضاء الحول، كالإرث. وقدمه في «الكافي»، و«شرح ابن رزين»، و«الشرح»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفروع»، وغيرهم. وجزم به في «العمدة»، و«الوجيز»، و«المُنَوَّر»، وغيرهم. وعند أبي الخطاب، لا يملكه حتى يختار. وهو رواية ذكرها في «الواضح»، فيتوقف على الرضا، كالشراء.

(١) سقط من: م.

كالاخياء والاضطياد . ولأنه سَبَبُ يُمْلِكُ به ، فلم يَقِفِ الْمِلْكُ بعده على قَوْلِهِ ولا اخْتِيَارِهِ ، كسائر الأسباب ، وذلك لأنَّ الْمُكَلَّفَ ليس إليه إِلَّا مُبَاشَرَةُ الأسباب ، فإذا [١٩٠/٥] أَتَى بها ، ثَبَتَ الْحُكْمُ قَهْرًا وَجَبْرًا مِنْ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُكَلَّفِ . فَأَمَّا الْاِقْتِرَاضُ فهو السَّبَبُ فِي نَفْسِهِ ، فلم يَثْبُتِ الْمِلْكُ بِدُونِهِ . فعلى هذا ، لو انْقَطَعَتْ اِثْنَانِ فَعَرَّفَاها حَوْلًا ، مَلَكَها جَمِيعًا . فَإِنْ قُلْنَا : يَقِفُ الْمِلْكُ عَلَى الْاِخْتِيَارِ . فَاخْتَارَ أَحَدُهُما دُونَ الْآخَرِ ، مَلَكَ الْمُخْتَارُ نِصْفَهَا وَحْدَهُ .

فصل : فَإِنْ رَأَيَاها مَعًا ، فَأَخَذَهَا أَحَدُهُما وَحْدَهُ ، أَوْ رَأَاهَا أَحَدُهُما ، فَأَعْلَمَ بِها صَاحِبَهُ ، فَأَخَذَهَا ، فهي لَا اخِذَها ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا بِالْاِخْذِ لَا بِالرُّؤْيَا ، كَالْاِضْطِيَادِ . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُما لَصَاحِبِهِ : هَاتِيها . فَأَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فهي لَهُ دُونَ الْآمِرِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا الْآمِرُ فهي لَهُ ، كَمَا لو وَكَّلَهُ فِي الْاِضْطِيَادِ لَهُ .

تنبيه : قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ لُقْطَةَ الْحَرَمِ كَثِيرُها . وهو الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال الْحَارِثِيُّ : عَدَمُ الْفَرْقِ هو الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، وَاخْتِيَارُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، وَنَصُّ عَلَيْهِ . قال الزُّرْكَانِيُّ : هو اخْتِيَارُ الْجُمْهُورِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « النَّهْجَةِ » وَغَيْرُهُمْ ، وَهو ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَعنه ، لَا تَمْلِكُ لُقْطَةُ الْحَرَمِ بِحَالٍ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ . قال فِي « الْفَائِقِ » أَيْضًا : وَهو الْمُخْتَارُ . قال الْحَارِثِيُّ : وَهو الصَّحِيحُ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » . قال فِي « الْاِنْتِصَارِ » : وَنُقِلَ عَنْهُ مَا يَدُلُّ

وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا تُمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ . وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَهَلْ لَهُ
الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٢٥١٠ - مسألة : (وعن أحمد ، لَا تُمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ . وهو ظاهرُ
المَذْهَبِ . وهل له الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ على رِوَايَتَيْنِ) كُلُّ مَا جازَ التِّقَاطُ ،
مِلْكٌ بالتَّعْرِيفِ عِنْدَ تَمَامِهِ ، أَثْمَانًا كَانَ أَوْ غَيْرَهَا . وهو ظاهرُ كلامِ
الْخِرَقِيِّ . وَنَقَلَ ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ ، فَرَوَى عَنْهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، فِي الصِّيَادِ
يَقَعُ فِي شَبَكَيْهِ الْكَيْسُ أَوْ النُّحَاسُ ، يُعْرِفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا
فَهُوَ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَهَذَا نَصٌّ فِي النُّحَاسِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَلْ حُكْمُ
الْعُرُوضِ فِي التَّعْرِيفِ وَجَوَازِ التَّصَرُّفِ بَعْدَ ذَلِكَ حُكْمُ الْأَثْمَانِ ؟ عَلَى

عَلَى أَنَّ اللَّقْطَةَ لَا تُمْلِكُ مُطْلَقًا . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : قُلْتُ : وَهُوَ غَرِيبٌ لَا تَفْرِيعَ عَلَيْهِ ،
وَلَا عَمَلٌ . وَعَنْهُ ، يَتَمَلَّكُهَا فَقِيرٌ غَيْرُ ذَوِي الْقُرْبَى . قَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : وَعَنْهُ ،
لَا يَمْلِكُ ، لَكِنْ يَأْكُلُهُ بَعْدَ الْحَوْلِ مَعَ فَقْرِهِ . نَقَلَهُ حَنْبَلٌ ، وَأَنْكَرَهُ الْخَلَالُ .

تَبَيَّنَ : قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ ، أَنَّ غَيْرَ الْأَثْمَانِ كَالْأَثْمَانِ . وَهُوَ إِخْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَهُوَ
ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي « غَيُونِ الْمَسَائِلِ » : هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ فِي
« الْفَاتِقِ » : وَهُوَ الْمُخْتَارُ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : هَذَا الْأَظْهَرُ . وَقَدَّمَ فِي « الْكَافِي » ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُعْتَدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » . وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ .
وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَرِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » [٢/٢٣١] الْكُبَرَى : هَذَا أَشْهُرُ .

روايتين ؛ أظهرهما ، أنها كالأثمان . قال شيخنا^(١) : ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض في ذلك . وقال أكثر أصحابنا : لا تملك العروض بالتعريف . قال القاضي : نص عليه أحمد في رواية الجماعة . واختلفوا فيما يصنع بها ، فقال أبو بكر ، وابن عقيل : يُعرفها أبدا . وقال القاضي : هو بالخيار بين أن يُقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها ، وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيها فيها . وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يجوز ، كما تجوز الصدقة بالعصوب التي لا يعرف أزباؤها . والثانية ، لا يجوز ؛ لأنه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها . وقال الخلال : كل من روى عن أحمد ، روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به ، والذي روى عنه أنه يعرفها أبدا ، قول قديم

قال في « الخلاصة » ، و « الرعاية الصغرى » : وتملك الأثمان ، ولا تملك العروض ، على الأصح . انتهى . واختاره أبو بكر ، والقاضي ، وابن عقيل ، وغيرهم . قال المصنف ، والشارح ، والحاوي ، وصاحب « الفروع » : اختاره أكثر الأصحاب . قال القاضي : نص عليه في رواية الجماعة . وقدمه في « الرعاية » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وحرم به ناظم المفردات ، فقال :

مُلْتَقِطُ الْأَثْمَانِ مُذْ عَرَفَهَا حَوْلًا فَقَهْرًا ذُو الْغَنَى يَمْلِكُهَا

قال الزركشي : وعنه ، وهي المشهورة في الثقل ، والمذهب عند عامة الأصحاب ، أن الشاة ونحوها تملك دون العروض . انتهى .

(١) في : المغنى ٣٠٣/٨ .

رَجَعَ عَنْهُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ مِثْلَ قَوْلِهِمْ . وَلِأَنَّهَا لِقَطْعَةٌ لَا تُمْلَكُ فِي الْحَرَمِ ، فَلَا تُمْلَكُ فِي غَيْرِهِ ، كَالْإِبِلِ . وَلِأَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي الْأَثْمَانِ ، وَغَيْرِهَا لَا يُسَاوِيهَا ؛ لَعَدَمِ الْعَرَضِ الْمُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا ، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ

قوله : وهل له الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . يَعْْنِي ، عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَ الْأَثْمَانِ . وَعَلَى هَذَا ، قَالَ الْأَصْحَابُ ؛ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ : إِنْ شَاءَ ، سَلَّمَ إِلَى الْحَاكِمِ وَبَرَّيْ ، وَإِنْ شَاءَ ، لَمْ يَسَلِّمْ ، وَعَرَفُوهَا أَبَدًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ ، لَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ ، وَهَلْ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقُهَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » هُنَا ؛ لِإِحْدَاهَا ، لَهُ الصَّدَقَةُ بِبَشَرِطِ الصُّمَّانِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يَعْرِفُهَا سَنَةً ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا . قَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : هُوَ الْمَنْصُوصُ أُخِيرًا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : يَتَصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، بَلْ يُعْرِفُهَا أَبَدًا . ^(١) نَقَلَهُ عَنْهُ طَاهِرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ^(٢) ، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ فِي الْعُصْبِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ : وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتَصَدَّقُ . انْتَهَى . لَكِنْ قَالَ الْخَلَّالُ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ، وَكُلُّ مَنْ رَوَى عَنْهُ ، رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ

(١-١) سقط من : الأصل . وهو طاهر بن محمد بن نزار ، أبو الطيب ، أحد أصحاب الإمام أحمد . طبقات الحنابلة ١/١٧٩ .

في اللَّقْطَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ، فَقَالَ : [١٩١/٥ ر] « عَرَفْتُهَا سَنَةً » . ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . أَوْ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وَفِي

يُعرَّفُهَا سَنَةً ، « وَيَتَصَدَّقُ بِهَا » . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ؛ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَسِيرًا ، بَاعَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، رَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ ، وَقَالَ : نَقَلَهُ مِنْهُنَّ ، وَرَدَّهَ الْمَجْدُ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالتَّسْعِينَ » . وَتَقَدَّمَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَنَظَائِرُهَا فِي أَوَاخِرِ الْعَصَبِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا .

تَبَيَّنَ : تَلَخَّصَ لَنَا مِمَّا تَقَدَّمَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ اللَّقْطَةَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ قَهْرًا ، كَالْمِيرَاثِ ، حَيْثُ قُلْنَا : تَمْلِكُ . وَأَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، التَّشْوِيَةُ بَيْنَ لَقْطَةِ الْحَرَمِ وَغَيْرِهَا ، وَأَنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : لَا يَمْلِكُ غَيْرَ الْأَثْمَانِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . لَكِنْ عَلَى الْمُصْطَلَحِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الْخُطْبَةِ ، يَكُونُ الْمَذْهَبُ الْمِلْكُ فِي الْكُلِّ قَهْرًا .

فَائِدَةٌ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَتَوَجَّهُ الرَّوَايَتَانِ الْمُتَقَدِّمَتَانِ اللَّتَانِ فِي الصَّدَقَةِ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، أَنَّ يَأْتِيَا فِي مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ مِنَ اللَّصُوصِ ، إِذَا لَمْ يُعْرِفْ رَبُّهُ .

فَائِدَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَوْ تَقَطَّ اثْنَانِ ، وَعَرَفَا ، مَلَكَاها . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالِاخْتِيَارِ ، لَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ ، مَلَكَ النُّصْفَ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ رَأَى اللَّقْطَةَ اثْنَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ : هَاتِيهَا ، فَأَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لِلْآخِزِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا لِلْآخِزِ ، فَهِيَ لَهُ ، أَعْنِي لِلْآخِزِ ، كَمَا فِي التَّوَكِيلِ فِي الْأَصْطِلَاحِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

حَدِيثُ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً » . وَهُوَ لَفْظُ عَامٍّ . وَقَدَرَوَى
الْجَوْزْجَانِيُّ ، وَالْأَثَرُ فِي كِتَابَيْهِمَا : ثنا أَبُو نُعَيْمٍ ، ثنا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ ،
قال : حَدَّثَنِي عُمَرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قال : أَتَى رَجُلٌ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فقال : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي
الطَّرِيقِ الْمُعْتَادِ ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ قال : « عَرَفْهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ
صَاحِبُهُ ، وَإِلَّا فَشَانِكَ بِهِ » ^(١) . وَرَوَى أَنَّ سُفْيَانَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَجَدَ
عَيَّةً ^(٢) ، فَاتَى بِهَا عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، فقال : عَرَفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ عُرِفَتْ
وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ . زَادَ الْجَوْزْجَانِيُّ : فَلَمْ تُعْرَفْ ، فَلَقِيَهِ بِهَا الْعَامُ الْمُقْبِلُ ^(٣)
فَذَكَرَ هَالَهُ ، فقال عُمَرُ : هِيَ لَكَ ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ . وَرَوَاهُ
النَّسَائِيُّ ^(٤) . وَهَذَا نَصٌّ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ،
عَنِ الْحَرِّ بْنِ الصَّيَّاحِ ^(٥) ، قال : كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ ، إِذْ جَاءَهُ
رَجُلٌ ، فقال : إِنِّي وَجَدْتُ هَذَا الْبُرْدَ ، وَقَدْ نَشَدْتُهُ وَعَرَفْتُهُ ، فَلَمْ يَعْرِفْهُ
أَحَدٌ ، وَهَذَا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، يَوْمٌ يَتَفَرَّقُ النَّاسُ . فقال : إِنْ شِئْتَ قَوْمَتَهُ قِيمَةً
عَذْلٍ وَلَيْسَتْهُ ، وَكُنْتُ لَهُ ضَامِنًا ، مَتَى جَاءَ صَاحِبُهُ دَفَعْتُ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ

(١) أخرجه النسائي ، في : باب المعدن ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٣٣/٥ .

(٢) العيبة : وعاء من خوص ونحوه ، أو وعاء من جلد ونحوه يكون فيه المتاع .

(٣) سقط من : م .

(٤) في : باب ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٤٢١/٣ . كما أخرجه

الطحاوي ، في : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجازات . شرح معاني الآثار ١٣٧/٤ ، ١٣٨ .

(٥) في : م : ١ : الصباح .

لم يَجِْ له طَالِبٌ فهو لك إن شِئْتَ . ولأنَّ ما جازَ التِّقَاطُهِ مُلْكٌ بالتَّعْرِيفِ ،
 كالْأَثْمَانِ ، وما حَكَوْهُ عن الصَّحَابَةِ إن صَحَّ ، فقد حَكَيْنَا عن عُمَرَ وإِنِّهِ
 خِلَافُهُ . وقولُهُم : إِنِّهَا لَقُطْعَةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثم هو مَمْنُوضٌ
 بِالْأَثْمَانِ ، وقيَاسُهَا على الإِبِلِ لَا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مَعَهَا جِذَاءُهَا وَسِقَاءُهَا ، تَرُدُّ
 الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَأْتِيَهَا رُبُّهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهَا ، وَلأنَّ
 الإِبِلَ لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَلَا تُمْلِكُ ، وَهُنَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَتُمْلِكُ بِهِ ،
 كالْأَثْمَانِ . وقولُهُم : إِنَّ النَّصَّ خَاصٌّ فِي الْأَثْمَانِ . قلْنَا : بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي
 كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِعُمُومِهِ ، وَإِنْ وَرَدَ فِيهَا نَصٌّ خَاصٌّ ، فَقَدْ رُوِيَ
 خَبَرٌ عَامٌّ ، فَيَعْمَلُ بِهِمَا ، ثُمَّ قَدْ رَوَيْنَاهُ فِي الْعُرُوضِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ،
 كَمَا وَجِبَ الْعَمَلُ بِالْخَاصِّ فِي الْأَثْمَانِ ثُمَّ لَوْ اخْتَصَّ الْخَبَرُ بِالْأَثْمَانِ ، لَوَجِبَ
 أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ النُّصُوصِ الَّتِي عُقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ
 فِي (١) غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجَدَ الْمَعْنَى ، فَيَجِبُ قِيَاسُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ
 عَلَيْهِ ، بَلِ الْمَعْنَى هُنَا أَكْثَرُ ، فَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ (٢)
 [١٩١/٥ ط] يَبَانُهُ أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تُكَلَّفُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا وَانْتِظَارِ صَاحِبِهَا
 بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ تُكَلَّفُ بِذَلِكَ ، فَفِي النَّدَاءِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا وَضِياعُ
 مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَمُلْتَقِطِهَا وَسَائِرِ النَّاسِ ، وَفِي إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا
 وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ حِفْظُ مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيَمَتِهَا إِلَيْهِ ، وَنَفْعُ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : ١ : البينة .

وَعَنْهُ ، لَا تُمْلِكُ لِقِطَّةَ الْحَرَمِ بِحَالٍ .

المقتع

الشرح الكبير

لغيره ، فَيَجِبُ ذَلِكَ ؛ لَتَهَيَّيَ النَّبِيُّ ﷺ «عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ» ، وَلِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَالْحِفْظِ لِمَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّ فِي إثْبَاتِ الْمِلْكِ حَتًّا عَلَى التِّقَاطِهَا وَحِفْظِهَا وَتَعْرِيفِهَا ؛ لَكَوْنِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمِلْكِ الْمَقْصُودِ لِلآدَمِيِّ ، وَفِي نَفْيِ مِلْكِهَا تَضْيِيعُهَا ، لِمَا فِي التِّقَاطِهَا مِنَ الْخَطَرِ وَالْمَشَقَّةِ وَالْكَلْفِ مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَصِلُ إِلَيْهِ ، فَيُودَى إِلَى أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا أَحَدٌ ، فَتَضْيَعُ . وَمَا ذَكَرُوهُ^(١) فِي الْفَرْقِ مُلْعَى فِي الشَّاقِ ، فَقَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهَا مَعَ هَذَا الْفَرْقِ ، ثُمَّ يُمَكِّنُنَا أَنْ نَقِيسَ عَلَى الشَّاقِ ، فَلَا يَحْصُلُ هَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَرْعِ وَالْأَصْلِ ، ثُمَّ نَقْلِبُ دَلِيلَهُمْ فَنَقُولُ : لِقِطَّةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَمَا أُبَيِّحُ التِّقَاطَ مِنْهَا مُلْكٌ إِذَا كَانَ فِي الْجِلِّ ، وَمَا لَا يُبَاحُ لَا يُمْلِكُ ، كَالْإِبِلِ .

٢٥١١ - مسألة : وعن أحمد ، أَنَّ (لِقِطَّةَ الْحَرَمِ لَا تُمْلِكُ بِحَالٍ) الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ وَفِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لِقِطَّةَ الْحَرَمِ وَالْجِلِّ سَوَاءٌ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ لِقِطَّةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلِيكِ ، وَيَجُوزُ لِحِفْظِهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنْ التَّقَطَّهَا عَرَفَهَا أَبَدًا حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَكَّةَ : « لَا

الإنصاف

(١-١) سقط من : م .

(٢) م : ذكره .

تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ^(١) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَالْمُنْشِدُ الْمَعْرُوفُ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣) . وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ . وَيُنْشَدُ :

* إِصَاخَةُ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ^(٤) *

فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : لَا تَحِلُّ لِقَطْعَةِ مَكَّةَ إِلَّا لِمَنْ يَعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّهَا خُصِّصَتْ بِهَذَا مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْبُلْدَانِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لِقَاطَةِ الْحَاجِّ . قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْنِي يَتْرُكُهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبِهَا . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّ أَحَدَ الْحَرَمَيْنِ ، أَشْبَهَ حَرَمَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَخْتَلَفْ حُكْمُهَا بِالْحِلِّ وَالْحَرَمِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يُرِيدُ إِلَّا لِمَنْ عَرَفَهَا عَامًّا .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب كيف تعرف لقطعة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفي : باب وقال الليث حدثني يونس ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب من قتل له قتل فهو بخير النظرين ، من كتاب الدييات . صحيح البخاري ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٦٥/١ . والنسائي ، في : باب النبي أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ١٦٦/٥ . وابن ماجه ، في : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٨/٢ . والدارمي ، في : باب النبي عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ .

(٢) في غريب الحديث ١٣٣/٢ .

(٣) عمجز بيت للمنقب العبدى . ديوانه ٤١ . وصله :

* يصيح للنباة أسمعاه *

(٤) في كتاب اللقطة ، سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب في لقطة الحاج ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٩/٣ .

فَصْلٌ : وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ،
وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ
وَجْدَانِهَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا .

[١٩٢/٥ و] وَتَخْصِيصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ
 الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ »^(١) وَضَالَّةُ الذَّمِّيِّ مَقِيَسَةٌ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : (وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ،
وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ
وَجْدَانِهَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا) لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ زَيْدٍ : « اَعْرِفْ
 وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا »^(٢) . وَقَالَ فِي حَدِيثِ أَبِي بِنِ كَعْبٍ : « اَعْرِفْ
 عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً »^(٣) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بِنِ

قوله : وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ، وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ،
 وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا ، وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وَجْدَانِهَا . الْأَوَّلَى مَعْرِفَةُ ذَلِكَ عِنْدَ
 التِّقَاطِهَا ، وَإِنْ أُخِّرَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ إِلَى مَجِيءِ صَاحِبِهَا ، جَازَ ، فَإِنْ لَمْ يَجِئْ ، وَأَرَادَ
 التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَتَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ خَلْطَهَا
 بِمَا لَهُ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(٤) : تَجِبُ حَالَةُ الْأَخْذِ وَجُوبًا
 مُوسَعًا ، وَحَالَةُ إِرَادَةِ التَّصَرُّفِ وَجُوبًا مُضَيَّقًا .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٣ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٤) المعنى ٣٠٨/٨ .

كَعْب ، أَنَّهُ قَالَ : وَجَدْتُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : « عَرَفْتُهَا حَوْلًا » . فَعَرَفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَرَجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوَعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا وَاخْلِطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . فَفِي هَذَا الْحَدِيثِ أَمْرُهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمْرُهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ^(١) التَّفَاطُطِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا ، وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِيَحْصُلَ عِنْدَهُ

فائدة : الوعاء هو ظَرْفُهَا . والوكاء ، هو الْخَيْطُ الَّذِي تُشَدُّ بِهِ . وَالْعِفَاصُ ، قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : هُوَ الشَّدُّ وَالْعَقْدُ . وَقِيلَ : هُوَ صِمَامُ الْقَارُورَةِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِيرَةِ » ، أَنَّهُ الصُّرَّةُ ، وَهُوَ ظَرْفُهَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْوِعَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ ؛ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا .^(٢) وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : الْوِكَاءُ ، مَا يُشَدُّ بِهِ . وَالْعِفَاصُ ، هُوَ صِفَةٌ شَدُّهُ وَعَقْدُهُ . وَقِيلَ : بِلِ سِدَادَةِ الْقَارُورَةِ . وَقِيلَ : بِلِ الْوِعَاءِ . انْتَهَى^(٣) . قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْعِفَاصُ مَقُولٌ عَلَى الْوِعَاءِ ، وَوَرَدَ ، اخْفَظَ عِفَاصَهَا وَوِعَاءَهَا . وَالْعِفَاصُ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، صِمَامُ الْقَارُورَةِ ، أَيْ الْجِلْدُ الْمَجْعُولُ عَلَى رَأْسِهَا ، يُقَالُ عَلَيْهِ أَيْضًا ، فَيَتَعَرَّفُ الْوِعَاءُ ، كَيْسًا هُوَ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهَلْ هُوَ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ جُلُودٍ أَوْ وَرَقٍ ؟ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَتَعَرَّفُ ، هَلْ هُوَ لِإِبْرَيْسَمَ ، أَوْ كَتَّانَ ؟ وَإِنْ كَانَ ثِيَابًا ، تُعَرَّفُ لِفَائِقِهَا ، أَوْ مَائِعًا ، يَتَعَرَّفُ ظَرْفُهُ ، خِرْقٌ ، أَوْ خَشَبٌ ، أَوْ جِلْدٌ . وَيَتَعَرَّفُ الْوِكَاءُ ، وَهُوَ مَا يُرَبِّطُ بِهِ ، أُسْبِرٌ ، أَمْ خَيْطٌ ، أَمْ شَرَابَةٌ ؟ قَالَ الْقَاضِي ، [٢٣١/٢] وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا : وَيَتَعَرَّفُ الرِّبْطُ ، هَلْ هُوَ عُقْدَةٌ أَوْ عُقْدَتَانِ ، وَأَنْشُوطَةٌ أَوْ غَيْرُهَا ؟

(١) فِي م : بِعَيْنٍ .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

عَلِمَ ذَلِكَ ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَتْهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ فَذَفَعَهَا إِلَيْهِ .
وإنْ أَخَّرَ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ إِلَى حِينٍ مَجِيءٍ بِأَغْيَا ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ
بِمَعْرِفَتِهَا^(١) . فَإِنْ لَمْ يَجِئْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ
الْحَوْلِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَتَعَدَّمُ بِالتَّصَرُّفِ ،
فَلَا يَبْقَى لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ طَالِبُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا
بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَنِّي بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا
عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ بِإِجَابِ مُضَيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لَزِيْدُ بْنُ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ
حِينَ الْإِلْقَاطِ أَمْرٌ اسْتِحْبَابٍ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا ،
وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا عَرَفَ لِفَاقَتَهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفَ قَدْرَهَا
بِالْكَيْلِ ، أَوِ الْوَزْنِ ، أَوِ الْعَدَدِ ، أَوِ الذَّرْعِ ، وَيَعْرِفَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ

قوله : وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا . يَعْنِي ، يُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا ، وَيَكُونَانِ عَدْلَيْنِ .
وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ .
قَالَ الزُّرَّكَانِيُّ : هُوَ الْمَشْهُورُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ «الْمُذْهَبِ» ،
وَ «الْخُلَاصَةِ» ، وَ «الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،
وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ،
وَ «الْفُرُوعِ» ، وَ «الْفَاتِحِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَجِبُ الْإِشْهَادُ . اخْتَارَهُ أَبُو
بَكْرٍ فِي «التَّبْيِيهِ» ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي
«الْفَاتِحِ» : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ .

(١) سقط من : م .

هو عقد واحد أو أكثر؟ أنشوطه^(١) أو غيرها؟ ويعرف صيام القارورة الذي يدخل رأسها، وعفاصها الذي تلبسه. ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها. قال أحمد: لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها. فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب، وأنه لا ضمان عليه إذا لم يشهد. وهو قول مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يضمنها إذا لم يشهد عليها؛ لقول النبي ﷺ: «مَنْ وَجَدَ لِقْطَةً فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ، أَوْ ذَوَى عَدْلٍ»^(٢). وهذا أمر يقتضي الوجوب، ولأنه إذا لم يشهد، كان الظاهر أنه [١٩٢/٥ ط] أخذها لنفسه. ولنا، خبر زيد بن خالد، وأبي بن كعب، فإنه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد، ولو كان واجبا لبيته، فإنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، سيما وقد سئل النبي ﷺ عن حكم اللقطة، فلم يكن ليحل بل ذكر الواجب فيها، فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستحباب. ولأنه أخذ أمانة، فلم يقتصر إلى الإشهاد، كالوديعة. والمعنى الذي ذكروه غير صحيح. فإنه إذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه، وفائدة الإشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها، وحفظها من ورثته إن مات، ومن غرمائه إن أفلس، وإذا شهد عليها، لم يذكر

تنبيه: يكون الإشهاد عليها لا على صفتها. على الصحيح من المذهب. وقيل: يكون عليها وعلى صفتها. ويحتمله كلام المصنف.

(١) الأنشوطه: عقدة يسهل انحلالها.

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٢٣٥.

فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِنَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ ، ^{المنع} وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّفَصِّلَةَ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجِدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

لِلشُّهُودِ صِفَاتُهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي التَّعْرِيفِ ، لَكِنْ يَذْكُرُ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكُرُهُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْجِنْسِ وَالتَّنَوُّعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، هَلْ يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لُقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ اثْبَتٌ لَهُ ، مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ عُرْضَةُ النِّسْيَانِ .

٢٥١٢ - مَسْأَلَةٌ : (فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِنَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ ، وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّفَصِّلَةَ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجِدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ) إِذَا جَاءَ طَالِبُ اللُّقْطَةِ فَوَصَفَهَا ، وَجَبَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، سَوَاءً غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَمْ يَغْلِبْ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ^(١) ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَيَجُوزُ لَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ شَاءَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ،

قَوْلُهُ : فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ . يَعْنِي ، مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَلَا يَبَيِّنُ ، بَلَا نِزَاعٍ ، وَسَوَاءٌ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَا ؟ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،

(١) بَعْدَهُ فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : « وَإِسْحَاقُ » .

وأخذَ كَفَيْلاً بذلك ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي»^(١) . ولأنَّ صِفَةَ الْمُدَّعِي لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا ، كَالْمَعْصُوبِ . ولَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدْدِهَا وَوَعَائِهَا وَوِكَائِهَا ، فَأَذْفَعْهَا إِلَيْهِ »^(٢) . وظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وفي حَدِيثِ زَيْدٍ : « اغْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرَفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذْهَبْهَا إِلَيْهِ »^(٣) . يَعْنِي إِذَا ذَكَرَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي صَدْرِ الْحَدِيثِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيِّنَةَ ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلدَّفْعِ لَذَكَرَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ [١٩٣/٥] وَقَفَتِ الْحَاجَةُ ، وَلِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ تَتَعَذَّرُ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَسْقُطُ حَالَ الْعَقْلَةِ ، فَتَوَقَّفُ دَفْعُهَا عَلَى الْبَيِّنَةِ مِنْعٌ

الإنصاف و «الرُّعَايَةُ الصُّغْرَى» ، و «الحَاوِي الصَّغِير» ، و «الفَائِز» ، و «الْوَجِيز» ، وغيرهم . وقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوع» . وقِيلَ : لَا يَذْفَعُهَا إِلَيْهِ إِذَا وَصَفَهَا إِلَّا مَعَ ظَنٍّ صِدْقِهِ . قَدَّمَهُ فِي «الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى» . وقال فِي «الْمُبْهَج» ، و «التَّبَصُّرَةِ» : جَازَ الدَّفْعُ . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، وَيُوسُفُ بْنُ مُوسَى ، لَابَاسَ بِهِ .

(١) أخرجه بهذا اللفظ الترمذی ، في : باب ما جاء أن البينة على المدعى ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأوحدي ٨٧/٦ . وكذلك أخرجه الدارقطني ، في سننه ١١٠/٣ ، ١١١ . والبيهقي ، في السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ .

وتقدم تخريجه من حديث ابن عباس في ٢٤١/١٣ . وليس في بقية المصادر المذكورة هناك هذا اللفظ . وحديث ابن عباس : لو يعطى الناس بدعواهم ... ولكن الممين على المدعى عليه . تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ . وانظر لرواء الغليل ٢٦٤/٨ - ٢٦٧ ، ٢٧٩ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٣) تقدم تخريجه في ١٨٦ .

الشرح الكبير

لَوْصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا أَبَدًا ، وَهَذَا يُقَوِّتُ مَقْصُودَ الْإِلْتِقَاطِ ، وَيُقْضَى إِلَى تَقْوِيَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ ، كَالْإِنْفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ . وَالْجَمْعُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَبَيْنَ تَفْضِيلِ الْإِلْتِقَاطِ عَلَى تَرْكِهِ مُتَنَاقِضٌ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حِينَئِذٍ يَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِ الْمُسْلِمِ ، وَإِعْثَابًا لِنَفْسِهِ بِالتَّعْرِيفِ الَّذِي لَا يُفِيدُ ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِدِينِهِ بِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حَرَامًا ، فَكَيْفَ يَكُونُ فَاضِلًا . وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَجِبْ دَفْعُهَا بِالْصَّفَةِ ، لَمْ يَجْزِ التَّقَاطُفُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . يَعْنِي إِذَا كَانَ ثَمَّ مُنْكَرٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي سِيَاقِهِ : « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وَلَا مُنْكَرَ هُنَا ، عَلَى أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَيِّنَةَ مُدَّعَى اللَّقْطَةِ وَصَفَهَا ، فَإِذَا وَصَفَهَا فَقَدْ أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَقِيَاسُ اللَّقْطَةِ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ النِّزَاعَ

تَنْبِيهِ : مُحَلُّ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا وَصَفَهَا فَقَطْ ، أَمَّا إِذَا قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَزِمَهُ الْإِنْصَافُ دَفْعُهَا . وَهُوَ وَاضِحٌ .

فَائِدَةٌ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا قَلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ إِذَا وَصَفَهَا ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ الْخَدَّادِ ، فِي كُتُبِهِمُ الْخِلَافِيَّةِ^(١) : إِذَا وَصَفَ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ وَالْعَدَدَ ، لَزِمَ الدَّفْعُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مُشْيِرٍ . وَقَالَ أَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ : إِذَا جَاءَ بِالْصَّفَةِ وَالْوَزْنِ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ .

(١) فِي ط : وَالْخِلَافُ .

ثُمَّ فِي كَوْنِهِ مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُنْكَرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ، فَاحْتِيجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهَهُنَا قَدْ ثَبِتَ كَوْنُ هَذَا الْمَالِ لِقُطَّةَ ، وَأَنْ لَهُ صَاحِبًا غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدَّعَى لَهُ إِلَّا الْوَاصِفُ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : وَيُدْفَعُهَا إِلَيْهِ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ، إِذَا كَانَ قَبْلَ الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ ^(١) مِلْكِهِ ، فَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَهَا بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الرُّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ ، فَتَبِعَتْ هَهُنَا . وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْحَوْلِ لَهَا نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَهُوَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ مُتَمَيِّزٌ لَا يَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَنَمَاءِ الْمَبِيعِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَكُونُ لَصَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ إِذَا اسْتُرْجِعَتْ مِنْهُ الْعَيْنُ بَعْدَ أَنْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، وَالْوَلَدُ إِذَا اسْتُرْجِعَ

قوله : وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّصِلَةُ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجِدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصْحُ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْح » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَكُونُ لَصَاحِبِهَا أَيْضًا . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَهَمَارِوَيْتَانِ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَتَبِعَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، بَعْدَ أَنْ أَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ : بِنَاءً عَلَى

وَإِنْ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ
ضَمْنُهَا .

أَبُوهُ مَا وَهَبَهُ لَهُ بَعْدَ زِيَادَتِهِ الْمُتَفَصِّلَةَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛
لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا أَنَّ الزِّيَادَةَ
لَمْ تَحْدَثْ فِي مِلْكِهِ . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ فِي مَسْأَلَتِنَا يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَتَكُونُ
الزِّيَادَةُ لَهُ ؛ لِيَكُونَ الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ ، وَثُمَّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا أَنْ
لَا يَكُونَ الْخَرَجُ [١٩٣/٥ ط] لَهُ ^(١) . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُلتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ ، إِذَا كَانَتْ اللَّقْطَةُ قَدْ اسْتَهْلِكَتْ فِي يَدِ
الْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ .

٢٥١٣ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ،
وَبَعْدَهُ يَضْمَنْهَا) لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ

الْأَبَ إِذَا اسْتَرْجَعَ الْعَيْنَ الْمَوْهُوبَةَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ أَيْضًا ، عَنِ الْوَجْهِ الثَّانِي :
إِنَاءٌ عَلَى الْمُفْلِسِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِثْلِهِ فِي الْمَبِيعِ
الْمُرْتَجِعِ مِنَ الْمُفْلِسِ ، وَالْمَوْهُوبِ الْمُرْتَجِعِ مِنَ الْوَلَدِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَأَمَّا الزِّيَادَةُ
الْمُتَفَصِّلَةُ فِي الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ إِذَا رَجَعَ فِيهَا الْأَبُ ، فَإِنَّهَا لِلْوَلَدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، عَلَى مَا بَأْتَى فِي الْهَبَةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ
فِي الْمَبِيعِ الْمَأْخُوضِ مِنَ الْمُفْلِسِ ، فَالْخِلَافُ فِيهَا قَوِيٌّ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لِلْبَائِعِ .
وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ أَنَّهَا لِلْمُفْلِسِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ فَهِيَ
لِلْمَالِكِهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ تَلَفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يُقَرِّطْ ؛

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

بَتَفْرِيطِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمَلْتَقِطُ أَوْ تَلَفَتْ بَتَفْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا
 إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَوْ بِقِيَمَتِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مِثْلِيَّةً . قَالَ
 شَيْخُنَا^(١) : لَا أَغْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ
 مِثْلُهَا أَوْ قِيَمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ
 قَرِطٌ أَوْ لَمْ يُقَرِّطْ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ نَاقِصَةً بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرْشَ
 النَّقْصِ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَ ، فَكَذَلِكَ أَرْشُ نَقْصِهَا . وَهَذَا
 قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ الَّذِينَ حَكَمُوا بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . فَأَمَّا
 مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِهَا حَتَّى يَتِمَّلَكُهَا ، وَحُكْمُهَا
 قَبْلَ ذَلِكَ كَحُكْمِهَا قَبْلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُ اللَّقْطَةَ
 بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِهَا . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَأَبُو مِجْلَزٍ ،
 وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ،^(٢) وَمَالِكٌ^(٣) ، وَأَبُو يُوسُفَ ، قَالُوا : لَا يُضْمَنُ ، وَإِنْ
 ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ
 دَاوُدُ : إِذَا تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتَلَفَهَا ، لَمْ يُضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ،

لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، ضَمِنَهَا ، وَلَوْ لَمْ يُقَرِّطْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ ، وَنَصَرُوهُ . وَعَنْهُ ، لَا يُضْمَنُهَا ، إِذَا تَلَفَتْ . حَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ،
 عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحٌ فِي مَوْضِعٍ ، إِذَا أَنْفَقَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ وَالتَّعْرِيفِ ، لَمْ يُضْمَنْهَا ؛
 لِخَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ . وَقِيلَ : وَلَا يَرُدُّهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً .

(١) فِي: الْمَغْنَى ٣١٣/٨ .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

عن أحمد، أنه لو ح إلى مثل هذا القول ؛ لحديث عياض ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »^(١) . وقوله في حديث أبي بن كعب : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ »^(٢) . وفي حديث زيد : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا »^(٣) . ورؤي : « فَهِيَ لَكَ » . ولم يأمره برد بدلها . ولنا ، قول النبي ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَأَدْفَعْهَا إِلَيْهِ »^(٤) . قال الأثرم : قال أحمد : أذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان . جوده ، ولم يروه أحد مثل ما رواه : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٥) . ولأنها عين يلزمه ردّها لو كانت باقية ، فيلزمه صمّانها إذا اتلفها ، كما قبل الحول ، ولأنه مال معصوم ، فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً ، كما لو اضطر إلى مال غيره .

تنبيه : محل هذا ، إذا قلنا : يملكها بعد الحول . فأما على القول بعدم الملك ، الإنصاف فإنه لا يضمنها إذا لم يُفَرِّطْ ، بل حُكْمُهَا حُكْمُ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

فوائد : الأولى ، لو قال مالك اللقطة ، بعد التلف ، للملتقط : أَخَذْتُهَا لِتَذَهَبَ بِهَا . وقال الملتقط : بل لأعرّفها . فالقول قول الملتقط . ذكره المجتد في

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

فصل : فَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ بَعْدَ خُرُوجِهَا [١٩٤/٥ و] مِنْ مِلْكِ الْمُتَقِطِ بَيْعَ، أَوْ هِبَةً أَوْ نَحْوَهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهَا ، وَلَهُ أَخْذُ بَدْلِهَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمُتَقِطِ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا . فَإِنْ صَادَقَهَا وَقَدْ عَادَتْ إِلَى الْمُتَقِطِ بَفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ مُتَقِطِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهَا ، كَالزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرَأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ ^(١) الرَّجُوعِ هُنَا كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا نَذَرُوه ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

« شَرْحِهِ » . نَقَلَهُ عَنْهَ الْحَارِثِيُّ ، آخِرَ الْبَابِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا تَصَرَّفَ فِي اللَّفْظَةِ بَعْدَ الْحَوْلِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ بِثَلَاثَةٍ ، ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِثَلَاثَةٍ ، ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ عَرَفَ رَبُّهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ ، وَغَيْرُهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنُهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ مَلَكَهَا . قَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنُهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ غَرِمَ بِذَلِكَ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ أَذْرَكَهَا رَبُّهَا بَعْدَ الْحَوْلِ مَبِيعَةً ، أَوْ مَوْهُوبَةً ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْبَدَلُ ، كَمَا فِي الثَّلَاثِ ، وَلَوْ أَذْرَكَهَا فِي زَمَنِ الْخِيَارِ ، فَوُجَّهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، وَجُوبُ الْفَسْخِ وَالرُّدُّ إِلَيْهِ . قَالَهَ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَةِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، عَدَمُ الْوُجُوبِ . وَهُوَ قَوِيٌّ فِي النُّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، زَمَنَ الْخِيَارِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ [٢٣٢/٢ و] . وَلَوْ كَانَ عَادَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ ، أَوْ غَيْرِ

(١) سقط من : م .

وَأِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ، وَفِي الْمَقْعِ الْآخَرِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

٢٥١٤ - مسألة : (وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ) ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَايَا فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ الدَّفْعُ ، فَتَسَاوَايَا فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا . وَالرَّجْعَةُ الثَّانِي أَنَّهُ (يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا) فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهَكَذَا إِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . وَهَذَا الرَّجْعُ أَشْبَهُ بِأُصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَايَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَلَأَنَّهُمَا تَدَاعَايَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَتَسَاوَايَا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَايَا وَدِيعَةً فِي يَدِ إِنْسَانٍ ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا ، لَا أَعْرِفُ عَيْنَهُ . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ ، فَارْجَحَ قَوْلُهُ فِيهِ .

الإنصاف ذلك ، أَخَذَهُ الْمَالِكُ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ . وَلَوْ أَدْرَكَهُ مَرْهُونًا ، مَلَكَ انْتِزَاعَهُ ؛ لِقِيَامِ مِلْكِهِ ، وَانْتِفَاءِ إِذْنِهِ فِي الرَّهْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : يَتَوَجَّهُ عَدَمُ الْانْتِزَاعِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِهِ . الرَّابِعَةُ ، تَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مِلْكِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوَضِ بِظُهُورِ الْمَالِكِ ، كَمَا يَتَجَدَّدُ بِهِ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنِ الْعَيْنِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَنَصَرَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا يَمْلِكُ بِعَوَضٍ كَالْقَرْضِ . ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا تَجِبُ الْقِيَمَةُ بِحُضُورِ الْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا تَنَاقُضٌ . وَقَالَ : مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِهِ قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ .

قوله : وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ . وَكَذَا قَالَ فِي

« الْمَذْهَبُ » ، وصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . واختارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي
« تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْقَوَاعِدِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالتَّسْعِينَ » .

وَفِي الْآخِرِ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَأَخَذَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْمَذْهَبُ الْقَرَعَةُ ، وَدَفْعُهَا إِلَى الْقَارِعِ مَعَ يَمِينِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَذَكَرَهُ
الْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابَتِهِ » . وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، كَمَا فِي تَدَاوُعِي الْوَدِيعَةِ .
قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا أَشْبَهُ بِأَصُولِنَا فِيمَا إِذَا تَدَاوَعَا عَيْنًا فِي يَدَيْهِمَا . انْتَبَى . وَجَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » . وَصَحَّحَهُ ابْنُ رَزِينٍ
فِي « شَرْحِهِ » ، وَقَالَ : هَذَا أَقْبَسُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ السَّتِينَ بَعْدَ
الْمِائَةِ » .

تَنْبِيهِ : مُحَلُّ هَذَا ، إِذَا وَصَفَهَا مَعًا ، أَوْ وَصَفَهَا الثَّانِي قَبْلَ دَفْعِهَا إِلَى الْأَوَّلِ ،
أَمَّا إِذَا وَصَفَهَا وَاحِدًا ، وَدَفَعَتْ إِلَيْهِ ، ثُمَّ وَصَفَهَا آخَرُ ، فَإِنَّ الثَّانِي لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ
الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ
أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ : إِنَّ زَادَ فِي وَصْفِهَا ، احْتَمَلَ تَخْرِيجَهُ عَلَى بَيِّنَةِ النَّتَاجِ وَالتَّسَاجِ ،
فَإِنْ رَجَّحْنَا بِهِ هُنَاكَ رَجَّحْنَا بِهِ هُنَا .

فَالثَّانِيانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أَدْعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَوَصَفَهَا أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ،
حَلَفَ وَأَخَذَهَا . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمِثْلُهُ وَصْفُهُ مَقْصُوبًا

وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً [١٥٠ ط] أَنَّهَا لَهُ ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ
تَلَفَتْ صَمْنَهَا مِنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ ،

الشرح الكبير

٢٥١٥ - مسألة : (فَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ) قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى
مِنَ الْوَصْفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ، رُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛
لَأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَهُ . فَإِنْ كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ ، فَلصَاحِبِهَا تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ
الْوَاصِفِ وَالْدَّافِعِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يُلْزَمُ
الْمُلْتَقِطُ شَيْءٌ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أُمِرَ بِهِ ، وَلَمْ
يُفْرِطْ ، وَهُوَ أَمِينٌ ؛ فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا
كَانَ الدَّفْعُ وَاجِبًا عَلَيْهِ يَأْتُمُّ بِتَرْكِهِ ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ،

وَمَسْرُوقًا . ذَكَرَهُ فِي « غُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ :
إِذَا اخْتَلَفَ الْمُؤَجِّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي دِفْنِ ^(١) الدَّارِ ، فَمَنْ وَصَفَهُ فَهُوَ لَهُ . وَقِيلَ :
لَا . كَوَدِيعَةٍ ، وَعَارِيَةٍ ، وَرَهْنٍ ، وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ ، وَلَا تَتَعَدَّرُ
الْبَيِّنَةُ . الثَّانِيَةُ ، يُلْزَمُ مُدْعَى اللَّقْطَةِ ، مَعَ صِفَتِهَا ، أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً بِالنِّقَاطِ الْعَبْدِ لَهَا .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْعَبْدِ لَا يَصِحُّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . صَحَّحَهُ
فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يُلْزَمُهُ .

قوله : وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ ، صَمْنَهَا
مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ - وَهُوَ الْمُلْتَقِطُ - إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ،
فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . إِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْوَاصِفِ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، قَوْلًا
وَاحِدًا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ مُخَيَّرُ بَيْنِ تَضْمِينِ الْوَاصِفِ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

المقنع **إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمَتَى ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ .**

الشرح الكبير كما لو أَخَذَتْ مِنْهُ كَرْهًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لو دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالِكُهَا .

٢٥١٦ - مسألة : (**إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ**) فلا يَمْلِكُ صَاحِبُهَا مُطَالَبَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُودَةٌ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَهْرِ ، فلم يَضْمَنْهَا ، كما لو غَضَبَهَا غَاصِبٌ ، وَمَتَى ضَمِنَ الْوَاصِفُ لم يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ مِنْهُ وَالتَّلَفَ عِنْدَهُ . وَإِنْ (**ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ**) لِأَنَّهُ كَانَ

والدافع ، وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . قال الحارثي : هو قَوْلُ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . قلت : منهم القاضي . ذَكَرَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . (**فَإِنْ ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ** ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقْرَأَ لَهُ بِالْمِلْكِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وَغَيْرِهِ ^(١) . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُ الْمُتَقَبُّطُ شَيْءٌ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ . وَهُوَ تَخْرِيجٌ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قال الحارثي : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَلَا مَنُذُوخَةَ عَنْهُ ، كَمَا لو كَانَ بِقَضَاءِ قَاضٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْمُصَنَّفِ ، وَالشَّارِحِ .

تنبيه : قَوْلُهُ : وَمَتَى ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ . مُرَادُهُ ، إِذَا لم يَعْتَرَفْ لَهُ بِالْمِلْكِ . فَأَمَّا إِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِالْمِلْكِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْبَيْتَةُ .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

سَبَبَ تَعْرِيمِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُلتَقِطُ قَدْ أَقَرَّ لِلوَاصِفِ أَنَّهَا لَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ [١٩٤/٥ ط] عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مَالِكُهَا وَمُسْتَحِقُّهَا ، وَأَنَّ صَاحِبَ الْبَيِّنَةِ ظَلَمَهُ بِتَضْمِينِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ كَانَتْ اللَّقْطَةُ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُلتَقِطِ ، فَضَمَّنَتْ إِيَّاهَا ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ بِمَا غَرِمَهُ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِهَا تَضْمِينُ الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَبَضَهُ إِنَّمَا هُوَ مَالُ الْمُلتَقِطِ لَا مَالُ صَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا وَادَّعَاهَا ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّهَا لَوْصَفِهِ إِيَّاهَا وَعَدَمِ الْمُنَازَعِ فِيهَا ، وَثَبَّتَ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَقْتَضِي انْتِزَاعَهَا مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِيقَاؤُهَا فِي يَدِهِ ^(١) ، كَسَائِرِ مَالِهِ .

فصل : ولو جاء مُدَّعٍ لِلْقَطْعِ فَلَمْ يَصِفْهَا ، وَلَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، لَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ صَاحِبُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ دَفَعَهَا فَجَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا ، أَوْ أَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، لَزِمَ الدَّافِعَ غَرَامَتُهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَهَا عَلَى مَالِكِهَا بِتَفْرِيطِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَخِذِهَا ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَدَّعِيهَا فَلِلْمُلتَقِطِ مُطَالَبَةُ أَخِذِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ مَجِيءَ صَاحِبِهَا فَيُغَرِّمَهُ إِيَّاهَا ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَمَلِكُ الْأَخْذِ مِنْ غَاصِبِهَا ، كَالْوَدِيعَةِ .

فصل : فإن كان المُلْتَقِطُ قد مات واللَّقْطَةُ مَوْجُودَةً ، قام واريثه مَقَامَهُ في تَعْرِيفِهَا ، أو إتمامه إن مات قبل إتمام^(١) الحَوْلِ ، ويمْلِكُهَا بعد إتمام التَّعْرِيفِ . وإن مات بعد تمام الحَوْلِ ، وَرِثَهَا الْوَارِثُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِ الْبَيْتِ ، ومتى جاء صاحبُهَا ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَارِثِ ، كما يَأْخُذُهَا مِنَ الْمَوْرُوثِ ، وإن كانت مَعْدُومَةً الْعَيْنِ ، فصاحبُهَا غَرِيمٌ لِلْبَيْتِ بِمِثْلِهَا إن كانت من ذواتِ الْأَمْثَالِ ، أو بَقِيَمَتِهَا إن لم تكن كذلك ، فَيَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ تَرَكَّتِهِ إِنْ اتَّسَعَتْ لَذَلِكَ ، فَإِنْ ضَاقَتْ التَّرَكَّةُ زَا حَمَ الْغُرَمَاءِ بِيَدِهَا ، سَوَاءٌ تَلَفَتْ بعد الحَوْلِ بِفِعْلِهِ أو بغيرِ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهَا قد دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بِمَضْيِ الحَوْلِ . وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا تَلَفَتْ قَبْلَ الحَوْلِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، ولا شَيْءَ لَصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلم يَضْمَنْهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وكذلك إِنْ تَلَفَتْ بعد الحَوْلِ قَبْلَ تَمْلِكِهَا بغيرِ تَفْرِيطٍ ، عند مَنْ يَرَى أَنَّهَا لا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، أو أَنَّهَا لا تُمَلِّكُ بِحَالٍ . وقد مَضَى الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ لم يَعْلَمْ [١٩٥/٥ ط] تَلَفَهَا ، ولا وَجَدَتْ فِي تَرَكَّتِهِ ، فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ غَرِيمٌ بِهَا ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الحَوْلِ أو بَعْدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَلْزَمَ الْمُلْتَقِطُ شَيْءٌ ، وَيَسْقُطَ حَقُّ صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمُلْتَقِطِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ قد تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا تُشْغَلُ ذِمَّتُهُ بِالشُّكِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَوْتُ قَبْلَ الحَوْلِ فلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ أَمَانَةً عِنْدَهُ ، ولم تُعْلَمْ خِيَانَتُهُ^(٢)

(١) زيادة من : م .

(٢) في را : ٥ : جنابته .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَّقِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقِيلَ : يُضْمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ فِي تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا .

الشرح الكبير فيها ، والأصلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي تَرَكِّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهَا إِلَى مَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَدُخُولُهَا فِي مِلْكِهِ ، وَوُجُوبُ بَدْلِهَا عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّ صَاحِبَهَا لَوْ جَاءَ بَعْدَ بَيْعِ الْمُتَّقِ بِهَا أَوْ هَبْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا بَدْلُهَا . فَلِمَ قُلْتُمْ : إِنَّهَا إِذَا انْتَقَلَتْ إِلَى الْوَارِثِ يَمْلِكُ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَوْرُوثِ ، وَإِنَّمَا يُثْبِتُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِمَوْرُوثِهِ ، وَمِلْكُ مَوْرُوثِهِ فِيهَا كَانَ مُرَاعَى مَشْرُوطًا بَعْدَ مَجِيءِ صَاحِبِهَا ، فَكَذَلِكَ مِلْكُ وَارِثِهِ ، بِخِلَافِ مِلْكِ الْمُشْتَرَى وَالْمُتَّهَبِ ، فَإِنَّهُمَا يَمْلِكَانِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا .

فصل : قَالَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَّقِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقِيلَ : يُضْمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ فِي تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا) إِذَا التَّقَطَّ الْعَبْيُ لُقْطَةً وَعَرَفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا ، كَالْفَقِيرِ ، رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ،

قوله : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَّقِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصُّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ ابْنُ مَتَّحِي فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ

وعليّ، وابن عباس، وعطاء، والشعبي، والنخعي، وطاوس، وعكرمة. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: ليس له أن يتملكها، إلا أن يكون فقيراً من غير ذوى القربى؛ لما روى عياض بن حمار المجاشعي، أن النبي ﷺ قال: «مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ - أَوْ ذَوَى عَدْلٍ - وَلَا يَكْتُمُ وَلَا يُعَيِّبُ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ». رواه النسائي^(١). قالوا: وما يُضَافُ إلى الله تعالى إنما يتملكه مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ. ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول. وأنكره الخلال، وقال: ليس هذا مذنباً لأحمد. ولنا، قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد^(٢): «فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا». وفي لفظ: «فَشَأْنُكَ بِهَا». وفي لفظ: «وَالْأَفْهَى كَسْبِيلِ مَالِكَ». ولأنَّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَرْضِ مَلَكَ اللُّقْطَةَ، كالفقير، ومن جاز له الالتقاطُ مَلَكَ [١٩٥/٥ ط] به بعد التعريف، كالفقير، ودعواهم في حديث عياض أن ما يُضَافُ إلى الله تعالى لا يتملكه إلا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ، لا دليل عليها^(٣)، وبطلانها ظاهر، فإنَّ الأشياءَ كُلَّهَا تُضَافُ إلى

في «الخلاصة»: فإن كان الفاسق لا يؤمن على تعريفها، ضُمَّ إليه أمين. انتهى. وقيل: يُضَمُّ إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها. قطع به القاضي، وابن عقيل، وأبو الحسن ابن البناء، وأبو الفرج الشيرازي، والمصنف في «المغني»،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣٥.

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦.

(٣) في الأصل، م: «عليه».

اللَّهُ تَعَالَى ؛ مِلْكًا وَخَلْقًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ^(١) .

فصل : وَيَمْلِكُ الذَّمُّ بِالِاتِّقَاطِ كَالْمُسْلِمِ . وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس له الاتِّقَاطُ في دارِ الإسلامِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْأَمَانَةِ . ولنا ، أَنَّهُ نَوْعٌ اكْتِسَابٍ ، فَكَانَ مِنْ أَهْلِهِ ، كَالِاخْتِشَاشِ ^(٢) وَالِاضْطِْيَادِ ^(٣) وَالِاخْتِطَابِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ اتِّقَاطُهُمَا مَعَ عَدَمِ الْأَمَانَةِ . وَمَتَى عَرَّفَ اللَّقْطَةُ حَوْلًا ، مَلَكَهَا ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِنْ عَلِمَ بِهَا الْحَاكِمُ أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ وَيُعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمَنُ الْكَافِرَ عَلَى تَعْرِيفِهَا ، وَلَا نَأْمَنُ أَنْ يُخْلَ فِي التَّعْرِيفِ بِشَيْءٍ

و « الكافي » ، وصاحب « المُحَرَّرِ » . قال في « الفائق » : وَيُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ إِيصَافُ أَمِينٍ فِي أَصَحِّ الْوُجْهَيْنِ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . قال الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنِيِّ » ، وَالشَّارِحُ : وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا . [٢٣٢/٢ ط] وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَى الذَّمِّ عَدْلٌ . قال في « الْمُغْنِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » : إِنْ عَلِمَ بِهَا الْحَاكِمُ ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيُعْرِفُهَا . قال الْحَارِثِيُّ : وَلَا بُدَّ مِنْ مُشْرِفٍ يُشْرِفُ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : تُنَزَّعُ لُقْطَةُ الذَّمِّ ^(٤) مِنْ يَدِهِ ^(٥) ، وَتَوْضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » .

(١) سورة النور ٣٣ .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣-٣) سقط من : الأصل .

وَأَنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيَّةً ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَفَهَا ، فَهِيَ الْمُنْعَى لَوَاجِدِهَا .

من الواجب عليه فيه ، وأجرُ المُشْرِفِ عليه ، فإذا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَهَا الْمُتَّقِطُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُنَزَّعَ مِنْ يَدِ الذَّمِّيِّ وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيَصِحُّ التَّقَاطُ الْفَاسِقِ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، فَصَحَّ التَّقَاطُ ، كَالْعَدْلِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ التَّقَاطُ الْكَافِرِ ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ، إِلَّا أَنْ الْأَوْلَى لَهُ إِلَّا يَأْخُذَهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا . وَإِذَا التَّقَطُّهَا فَعَرَفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا ، كَالْعَدْلِ ، وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الذَّمِّيِّ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ "فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ" ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزَعُهَا مِنْ يَدِهِ وَيَدْعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ خُلِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرِيعَةِ ، لَمْ تَزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقْطَةِ ، كَالْعَدْلِ ، وَالْحِفْظُ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ إِلَيْهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفَ حِفْظُهَا مِنْهُ ، انْتَرَعَتْ مِنْ يَدِهِ وَتَرَكَتْ فِي يَدِ الْعَدْلِ ، فَإِذَا عَرَفَهَا مَلَكَهَا الْمُتَّقِطُ ؛ لَوْجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ مِنْهُ .

٢٥١٧ - مسألة : (وَأَنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيَّةً ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَفَهَا ، فَهِيَ لَوَاجِدِهَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصَّبِيَّ وَالسَّفِيَّةَ

قوله : وَأَنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيَّةً ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَفَهَا ، فَهِيَ الْإِنْصَافُ

(١ - ١) سقط من : م .

والمَجْنُون ، إِذَا التَّقَطَّ أَحَدُهُمْ لِقَطَّةً ، ثَبَّتَ يَدُهُ عَلَيْهَا ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ تَكَسَّبَ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالِاضْطِيَادِ وَالِاخْتِطَابِ . فَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِ بَغِيرَ تَقْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِتَقْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا فِي مَالِهِ ، وَإِذَا عَلِمَ بِهَا وَلِيُّهُ ، لَزِمَهُ أَخْذُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ [١٩٦/٥] مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ وَالْأَمَانَةِ ، فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ حِفْظُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الصَّبِيِّ ، وَهَذَا يَتَعَلَّقُ^(١) بِهِ حَقُّهُ ، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي يَدِهِ كَانَ مُضِيْعًا لَهَا . وَيُعْرِفُهَا الْوَلِيُّ إِذَا أَخْذَهَا ؛ لِأَنَّ وَاجِدَهَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّعْرِيفِ ، فَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ وَاجِدَهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ التَّمْلُكِ تَمَّ بِشَرْطِهِ ، فَثَبَّتَ الْمِلْكُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اضْطَادَ صَبِيًّا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَهُ قَالُوا : إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فَكَانَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ بَحِثٌ يُسْتَفْرَضُ لهما ، يَمْلِكُهُ لهما ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَتَمَلَّكُهُ لهما بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَمْلُكُهُ مَضْلَحَةً لَهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ جَرَى هَذَا مَجْرَى الْأَقْتِرَاضِ لَمَا صَحَّ التَّقَاطُ صَبِيًّا لَا يَجُوزُ الْأَقْتِرَاضُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ .

لِوَاجِدِهَا . وَكَذَا الْمَجْنُونُ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْمُتَخَبِّ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّبْصِيرَةِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ،
وغيرهم .

(١) في م : به تلف .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس بن موسى^(١) ، في غلام له عشر سنين التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد صاحبها دفعها إليه ، وإلا تصدق بها ، قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين . ولم ير عليه استقبال أجل التعريف . ^(٢) قال : وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف^(٣) إذا لم يجد صاحبها : أيتصدق بمال الغير ! وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطه^(٤) في حوالها الأول ، فإنه لا يملكها وإن عرفها فيما^(٥) بعد ذلك ؛ لكون التعريف بعده لا يفيد ظاهراً ، لكون صاحبها يئأس منها ويترك طلبها . وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر ، فهو كتركه لغير عذر ؛ لكون الصبي من أهل العذر ، وقد ذكرنا فيه وجهين ، فيما تقدم . وقال أحمد ، في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير ، فذهب بها إلى منزله فضاغت ، فلما بلغ أراد ردها ، فلم يعرف صاحبها : تصدق بها ، فإن لم يجد عشرة ، وكان يجحف به ، تصدق قليلاً قليلاً . قال القاضي : هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي ، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الأصحاب : يضمن الولي إن أبقاها بيد الصبي بعد عليه ؛ وإن تلفت في يد أحدهما بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ، وإن تلفت بتفريطه ،

(١) أي العباس بن محمد بن موسى الحلال . تقدمت ترجمته .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

وَأِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ ، فَلَسَيِّدُهُ أَخَذَهَا مِنْهُ وَتَرَكَهَا مَعَهُ ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا
إِذَا كَانَ عَدْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَأْمَنْ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سِتْرُهَا عَنْهُ ،
فَإِنْ أَتَلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَتَلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ
فِي ذِمَّتِهِ .

٢٥١٨ - مسألة : (وإن) التَّقَطُّهَا (عَبْدٌ ، فَلَسَيِّدُهُ أَخَذَهَا مِنْهُ
وَتَرَكَهَا مَعَهُ ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِنْ كَانَ عَدْلًا ، فَإِنْ لَمْ يَأْمَنْ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ عَلَيْهَا ،
لَزِمَهُ سِتْرُهَا عَنْهُ ، فَإِنْ أَتَلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَتَلَفَهَا بَعْدَهُ ،
فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ) يَصِحُّ التَّقَاطُ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وبه قال أبو حنيفة ،
ومالك^(١) ، والشافعي في أحدِ قَوْلَيْهِ . [١٩٦/٥ ط] وقال في الآخر : لا
يَصِحُّ التَّقَاطُ ، لِأَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ أَمَانَةٌ وَوَلَايَةٌ ، وَفِي الثَّانِي تَمَلُّكٌ ،

صَمِنَتْهَا فِي مَالِهِ . نصٌّ عليه في صَبِيِّ كَانَتْ لِفَه . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْح » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوع » وَغَيْرِهِ . وَفِي « الْمُتَنَحَّبِ » وَغَيْرِهِ ، لَا
يُضْمَنُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَعَرَفَ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي
« الْمُعْنَى » عَدَمُ الْإِجْزَاءِ . وَالْأَظْهَرُ الْإِجْزَاءُ ؛ لِأَنَّهُ يَغْفِلُ التَّعْرِيفَ ، فَالْمَقْصُودُ
حَاصِلٌ . وَاقْتَصَرَ عَلَى كِلَايَهُمَا فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » .

قوله : وَإِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ ، فَلَسَيِّدُهُ أَخَذَهَا مِنْهُ وَتَرَكَهَا مَعَهُ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِذَا
كَانَ عَدْلًا . لِلْعَبْدِ أَنْ يَلْتَقِطَ ، وَأَنْ يُعْرِفَهَا مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ
فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوع » : لَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْح » . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : يَصِحُّ

(١) سقط من : م .

والعبد ليس من أهل الولايات ولا التملك . ولنا ، عموم الخبر ، ولأن
الانقطاع سبب يملك به الصبي ويصح منه ، فصَحَّ من العبد ، كالأصطبيد
والاختطاب ، ولأن من جاز له قبول الوديعة ، صحَّ منه الانقطاع ،
كالحر . قولهم : إنَّ العبد ليس من أهل الولايات والأمانات . ينطُل

الشرح الكبير

الانقطاع ، على المذهب . وقدمه في « المستوعب » ، و « الفائق » ، و « شرح
الحارثي » . وقيل : ليس له ذلك بغير إذن السيد . اختاره أبو بكر ، وهو رواية
ذكرها الزركشي وغيره . وجزم به في « البلغة » . قال الحارثي : وعن أبي بكر ،
يتوقف الانقطاع على إذن السيد . ذكره السامري ، أخذاً من قوله في « التبيين » :
إذا انقطع العبد ، فضاعت منه أو أتلَّفها ، صميتها . قال : فسوى بين الإنلاف
والصبياع ، ولم يفرق بين الحول وبعده ، فدلَّ على عدم الصحة بدون إذن . قال
الحارثي : وفي استنباط السامري نظر^(١) .

الإيضاح

قوله : فإن أتلَّفها قبل الحول ، فهي في رقبته - بلا نزاع - وإن أتلَّفها بعده ،
فهي في ذمته . هذا أحد القولين . نصَّ عليه . وجزم به في « الهداية » ،
و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ،
و « شرح ابن منجي » ، و « منتخب الآدمي » ، وغيرهم . وقدمه في
« الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال في
« تجريد العناية » : إذا أتلَّفها بعد الحول ، ففي ذمته ، على الأظهر . ويأتي كلام
الزركشي على هذا القول . وقيل : إن أتلَّفها بعد الحول ، فإن قلنا : يملكها . فهي
في ذمته ، وإن قلنا : لا يملكها . فهي في رقبته . وهذا المذهب على ما يأتي . واعلم

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُمَا أَدْنَى حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَخْصُلُ بِسَائِرِ الْاِكْتِسَابَاتِ ، وَلِأَنَّ الْاِلْتِقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَازَ مِنَ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَأِنْقَازِ الْمَالِ الْعَرِيقِ وَالْمَعْصُوبِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ اللَّقْطَةَ تَكُونُ أَمَانَةً فِي يَدِ الْعَبْدِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغيرِ تَفْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ لَمْ يَضْمَنْ ، فَإِنْ عَرَفَهَا ، صَحَّ تَعْرِيفُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهُ ، كَالْحُرِّ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْاِلْتِقَاطَ

أَنَّ الْعَبْدَ ، هَلْ يَخْصُلُ لَهُ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ تَمْلِكِ سَيِّدِهِ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الرِّكَائِ ، عِنْدَ الْفَوَائِدِ الَّتِي ذَكَرْتُ هُنَاكَ . فَمَتَى أَتَلَفَهَا ، أَوْ فَرَطَ حَتَّى تَلَفَتْ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَى السَّيِّدِ الْفِدَاءُ أَوْ التَّسْلِيمُ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهَا . فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا إِنَّمَا يَتَجَهُّ عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَمْلِكْ ؛ لَكَوْنِهِ لَمْ يَتَمَلَّكْ ، اسْتِنَادًا إِلَى تَوْقُفِ الْمِلْكِ عَلَى التَّمَلُّكِ . وَفِيهِ بَعْدٌ . وَقَالَ فِي « الشَّرْحِ » أَيْضًا : وَيَصْلُحُ أَنْ يُنَبِّئَ عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ ، هَلْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ تَخْرِيجٌ حَسَنٌ ؛ لِشِبْهِ الْعُرْمِ بَعْدَ الْإِنْفَاقِ بِأَدَاءِ الْمُقْتَرَضِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » : لِأَنِّي عَبْدُ اللَّهِ فِي ضَمَانٍ مَا أَتَلَفَ الْعَبْدُ قَوْلَانِ ، أَيْ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فِي رَقَبَتِهِ كَالْجَنَائَةِ . وَالْأُخْرَى ، فِي ذِمَّتِهِ . وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ . قَالَ السَّامَرِيُّ : وَلَمْ يُفَرِّقْ قَبْلَ الْحَوْلِ وَبَعْدَهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَا يَتَجَهُّ الْفَرْقُ فِي التَّعَلُّقِ

كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . فَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلُقْطَةِ عَبْدِهِ ، كَانَ لَهُ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَيِّدِ انْتِزَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ، فَإِنْ انْتَرَعَهَا بَعْدَ أَنْ عَرَّفَهَا الْعَبْدُ ، مَلَكَهَا ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعَرِّفَهَا ، عَرَّفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ عَرَّفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ ، عَرَّفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . وَلِلْسَيِّدِ إِقْرَارُهَا فِي يَدِ الْعَبْدِ إِنْ كَانَ أَمِينًا ، وَيَكُونُ مُسْتَعِينًا بِعَبْدِهِ فِي حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ أَمِينٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفَرِّطًا بِإِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ وَرَدَّهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كَيْدُهُ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْإِتْقَاطِ ، فَلَهُ انْتِزَاعُ اللَّقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَأُكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَيُسَلِّمُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيُعَرِّفَهَا ، ثُمَّ يَذْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ بِشَرْطِ الضَّمَانِ . فَإِنْ أَتْلَفَهَا الْعَبْدُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، كَجَنَائِيَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . فَهُوَ كَمَا لَوْ أَتْلَفَهَا فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ . وَيَضْلَحُ أَنْ يَنْبَنَى ذَلِكَ عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ ، هَلْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ فِي الْحَجَرِ .

بِالرَّقَبَةِ بَيْنَ مَا قَبِلَ الْحَوْلَ وَبَعْدَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا ضَعِيفٌ جَدًّا . انْتَهَى . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، عَنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَمَنْ تَابَعَهُ : كَلَامُهُمْ مُتَوَجِّعٌ ، إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ . وَإِنْ قُلْنَا : الْعِلْكُ لِلْسَيِّدِ ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ ، وَأَقْتَضَاهُ كَلَامُ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرِهِ ، فَالْجِنَايَةُ عَلَى مَالِ السَّيِّدِ ، فَلَا تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَلَا

وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَّا
 أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَائَاةٌ فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمُهَائَاةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥١٩ - مسألة : [١٩٧/٥] (وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ) فِي اللَّقْطَةِ ؛
 لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ فِي الْحَالِ ، وَأُكْسَابُهُ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَهِيَ مِنْ أُكْسَابِهِ ، فَإِنْ
 عَجَزَ عَادَ عَبْدًا ، وَصَارَ حُكْمُهُ فِي لُقْطَتِهِ حُكْمَ الْعَبْدِ . وَأَمَّا الْوَلَدُ وَالْمُدَبَّرُ
 وَالْمُعَلَّقُ عِنْقُهُ بِصِفَةٍ ، كَالْقَيْنِ (وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ) إِذَا التَّقَطَّ لُقْطَةً (فَهِيَ
 بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ) إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُهَائَاةٌ كَالْحُرِّ إِذَا التَّقَطَّ لُقْطَةً . (وَإِنْ
 كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَائَاةٌ ، لَمْ تَدْخُلْ فِي الْمُهَائَاةِ) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا كَسَبَتْ

بِرَقَبَتِهِ ، بَلِ الَّذِي يَتَّبِعِي ، أَنْ تَعْلُقَ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، وَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ وَلَا
 السَّيِّدُ . تَعَيَّنَ التَّعْلُقُ بِرَقَبَتِهِ ، كَجِنَائَتِهِ ^(١) . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْكَافِي » : وَإِنْ
 أَتَلَفَهَا الْعَبْدُ ، فَحُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ جِنَائَتِهِ . انْتَهَى . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، جِنَائَتَهُ فِي
 رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ خَرَقَ ثَوْبَ رَجُلٍ ، فَهُوَ ذَنْبٌ عَلَيْهِ .

قوله : وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ . بِلَا نِزَاعٍ . وَالْمُدَبَّرُ ، وَالْمُعَلَّقُ عِنْقُهُ بِصِفَةٍ ، وَأَمَّا
 الْوَلَدُ ، كَالْعَبْدِ ، بِلَا نِزَاعٍ أَيْضًا .

قوله ^(٢) : وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَائَاةٌ ،
 فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمُهَائَاةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
 وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مَنَاجِي » ،
 [٢٣٣/٢] ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَائَاةِ ،
 بَلْ تَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) سقط من : الأصل .

نادرٌ ، لا يُعْلَمُ وُجُودُهُ ، ولا يُظَنُّ ، فلم يَدْخُلْ في المُهَيَّأَةِ كَالْإِزْثِ . فعلى هذا ، يكونُ بينهما . والثاني ، يَدْخُلُ في المُهَيَّأَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسْبِهِ ، أَشْبَهَتْ سَائِرَ أَكْسَابِهِ ، فيكونُ لِمَنْ يُوْجَدُ في يَوْمِهِ . وكذلك الحُكْمُ في الهَدِيَّةِ والْوَصِيَّةِ وسَائِرِ الْأَكْسَابِ النَادِرَةِ ، فيها الْوَجْهَانِ . فإن كان الْعَبْدُ بين اثْنَيْنِ شَرَكَةً فَلَقَطْنَتْهُ بَيْنَهُمَا ، على ما ذَكَرْنَا في مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

« الْمُحَرَّرُ » ، و « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَدْخُلُ في المُهَيَّأَةِ ، فَإِذَا وَجَدَهَا في نَوْبَةِ أَحَدِهَا ، فهي له . جَزَمَ به في « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ في « الْخُلَاصَةِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

فائدة : وكذا الحُكْمُ في النَّادِرِ مِنْ ^(١) كَسْبِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ ، كَالِهَبَةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَنَحْوِهَا ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا .

تنبيه : الْخِلَافُ هُنَا ، مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي دُخُولِ نَوَادِرِ ^(٢) الْأَكْسَابِ ؛ كَالْوَصِيَّةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالرَّكَازِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

فوائد ؛ منها ، لو وَجَدَ لُقْطَةً في غيرِ طريقِ مَائِيٍّ ، فهي لُقْطَةٌ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ في « الْفَاتِقِ » . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ كَالرَّكَازِ . وَاخْتَارَهُ في « الْفَاتِقِ » ، وَجَعَلَهُ في « الْفُرُوعِ » تَوْجِيهًا لَهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ اخِذَ مَتَاعُهُ ، أَوْ تَوْبَهُ ، وَتُرِكَ لَهُ بِذَلِكَ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لُقْطَةٌ . نَصَّ عَلَيْهِ في رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَابْنِ بَخْتَانَ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « ابْنِ رَزِينِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،

(١) في الأصل : « ضمن » .

(٢) سقط من : الأصل .

و « الفائق » ، وغيرهم . وقيل : لا يُعرَفه مع قرينة سرقَة . وهو احتمال
 للمُصنّف . قلتُ : وهو عينُ الصواب . قال الحارثي : وهذا حسن . وقال : قد
 يُقال فيه بمعنى مسألة الظفر . ومذهب أحمد ، منع الأخذ فيها . فعليها ، هل يتصدق
 به ^(١) بعد تعريفه ؟ إن قلنا : يُعرَفه ، أو يأخذ حقه بنفسه ، أو بإذن حاكم .
 فيه أوجه . وأطلقهن في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ،
 و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « تجريد العناية » . قال المُصنّف ، وتابعه
 الشارح : القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرّفق بالناس . قال الحارثي : وهذا
 قوي على أصل من يرى أن العقد لا يتوقف على اللفظ ، أما على التوقف ، فلا يُكتفى
 بمثل هذا . قال : وبالجُملة ، فالأظهر الجواز . ورجحه المُصنّف . ومنها ، لو
 وجد في جوف حيوان ذرة ، أو نقداً ، فهو لقطة لواجده . على الصحيح من
 المذهب . قدمه في « الفروع » ، و « شرح الحارثي » ، وصححه . ونقل ابن
 منصور ، تكون لقطة ^(٢) للبائع إن ادّعاها ، إلا أن يدعى المشتري أنه أكله عنده ،
 فهو له . فأمّا إن كانت الذرة غير مثقوبة في السمكة ، فهي للصياد ؛ لأن الظاهر
 ابتلاعها من معدنها . ومنها ، لو وجد لقطة بدار الحرب وهو في الجيش ،
 عرفها ، ثم وضعها في المعتم . نص عليه . وإن كان دخل بأمان ، عرفها ، ثم
 هي له ، إلا أن يكون في جيش . فهي كالتي قبلها . وإن دخل متلصصاً ،
 عرفها ، ثم هي كالغنيمة . على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن تكون له من
 غير تعريف . ذكره المُصنّف . قلتُ : وهذا هو الصواب ، وكيف يُعرف ذلك ؟

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : ١ .

ومنها ، مُؤْنَةُ رَدِّ اللَّقْطَةِ عَلَى رَبِّهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيلِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِتِّصَارِ » ، لَتَبْرُعِهِ . وَمَعْنَاهُ فِي « شَرْحِ الْمَجْدِ » ، فِي عَدَمِ سُقُوطِ الزَّكَاةِ بِتَلْفِ الْمَالِ قَبْلَ التَّمَكُّنِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » : مُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ . وَمِنْهَا ، ضَمَانُهَا بِمُؤْنَتِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقِيلَ : بِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَوَارِثُهُ كَهُو . وَمِنْهَا ، الْإِتِّقَاطُ بِشَتْمِ عَلَى أَمَانَةٍ وَاجْتِسَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلِلنَّاسِ خِلَافٌ فِي الْمُغْلَبِ مِنْهَا ؛ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْكَسْبُ . وَوَجَّهَ بِأَنَّهُ مَلَكَ^(١) الْأَمْرِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْأَمَانَةُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِصْصَالُ الشَّيْءِ إِلَى أَهْلِهِ ، وَلِأَجْلِ شَرْعِ الْحِفْظِ وَالتَّعْرِيفِ أَوْ لَا وَالْمَلِكُ آخِرًا ، عِنْدَ ضَعْفِ التَّرَجُّحِ لِلْمَالِكِ . وَمِنْهَا ، لَوْ اسْتَيْقَظَ فَوَجَدَ فِي ثَوْبِهِ دَرَاهِمَ ، لَا يَعْلَمُ مَنْ صَرَّهَا ، فَهِيَ لَهُ ، وَلَا تَعْرِيفَ . وَلِأَحْمَدَ نَصٌّ يُوجِبُ التَّعْرِيفَ وَيَنْفِي الْمَلِكَ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَلْقَتْ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبَ إِنْسَانٍ ؛ فَإِنْ جَهِلَ الْمَالِكُ ، فَلَقَطَهُ ، وَإِنْ عَلِمَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ بِحَبْسِ مَالِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ وَلَا تَعْرِيفٍ . وَمِنْهَا ، لَوْ سَقَطَ طَائِرٌ فِي دَارِهِ ، فَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » : لَا يَلْزَمُهُ حِفْظُهُ وَلَا إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، وَهَذَا مَا لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهُ ، أَمَّا إِنْ انْقَطَعَ ، وَجِبَ حِفْظُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَائِعٌ عَنْهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « مَالِ » .

بَابُ اللَّقِيطِ

[١٥١ د] وَهُوَ الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ .

الشرح الكبير

بَابُ اللَّقِيطِ

(وهو الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ) وَاللَّقِيطُ بِمَعْنَى الْمَلْقُوطِ ، كَالْقَتِيلِ وَالْجَرِيحِ . وَالتَّقَاطُهُ وَاجِبٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . وَلأنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ نَفْسِهِ ، فَكَانَ وَاجِبًا ، كإِطْعَامِهِ إِذَا اضْطُرَّ ، وَإِنجَائِهِ مِنَ الْغَرَقِ . وَهُوَ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ ، إِذَا قَامَ بِهِ مَنْ يَكْفِي سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ تَرَكَهُ الْجَمَاعَةُ ، أَتَمُّوا كُلَّهُمْ إِذَا تَرَكَوهُ مَعَ إِمْكَانٍ أَخَذَهُ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ سُنَيْنٍ أُنَى جَمِيلَةٍ ، قَالَ : وَجَدْتُ مَلْقُوطًا فَأَتَيْتُ بِهِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . فَقَالَ عُمَرُ : أَكْذَلِكَ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَأَذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٢) عَنْ سُفْيَانَ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أَبَا جَمِيلَةٍ بِهَذَا ، وَقَالَ : وَعَلَيْنَا رِضَاعُهُ .

الإنصاف

بَابُ اللَّقِيطِ

فائدة : قوله : وهو الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ . قال الحارثيُّ : تعريفُ اللَّقِيطِ بِالْمَنْبُودِ يَحْتَاجُ إِلَى إِضْمَارٍ ؛ لِتَضَادِّ مَا بَيْنَ اللَّقِيطِ وَالتَّبْدِ ، كَمَا يُبَيِّنُ . وَمَعَ هَذَا فَلَيْسَ جَامِعًا ؛

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المنبوذ ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٢٣٨ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبوذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

٢٥٢٠ - مسألة : (وهو حُرٌّ) اللَّقِيطُ حُرٌّ ، في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا النَّخَعِيَّ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ . رَوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ،

لَأَنَّ الطِّفْلَ قَدْ يَكُونُ ضَائِعًا لَا مَتَبُودًا . وَمِنْهُمْ مَنْ عَرَفَ بِأَنَّهُ الضَّائِعُ . وَفِيهِ مَا فِيهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » : وَهُوَ كُلُّ طِفْلٍ نُبِذَ ، أَوْ ضَلَّ .

تنبيه : قوله : وهو الطِّفْلُ . يَعْنِي ، فِي الْوَاقِعِ ، فِي الْغَالِبِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لَقِيطٌ إِلَى سِوَى التَّمْيِيزِ فَقَطْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » . وَقِيلَ : وَالْمُمَيِّزُ أَيْضًا إِلَى الْبُلُوغِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ الْمَشْهُورُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . [٢٣٣/٢ ط] قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَالْمُخْتَارُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْمُمَيِّزَ يَكُونُ لَقِيطًا ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا التَّقَطَّ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ مَعًا مِنْ لَهْ أَكْثَرُ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ^(١) ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ، بِخِلَافِ الْأَبَوَيْنِ .

قوله : وَهُوَ حُرٌّ . يَعْنِي ^(٢) ، فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِلَّا فِي الْقَوْدِ . وَمِثْلُهُ دَعْوَى قَاضِيهِ رِقَّةً ^(٣) ، عَلَى مَا يَأْتِي .

(١) زيادة من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : ط .

يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

والتَّوَرَّى ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرُّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وقال النُّخَيْيُ : إِنْ التَّقَطَّهَ لِلْحِسْبَةِ ، فهو حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فذلك له . وهذا قولٌ شَذَّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أَحْرَارًا ، وَإِنَّمَا الرِّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ الْعَارِضُ ، فَله [١٩٧/٥ ط] حُكْمُ الْأَصْلِ .

٢٥٢١ - مسألة : (يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ) يُوجَدُ (مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ) إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُتَّقِطُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ اللَّقِيطِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمُتَّقِطِ كَوُجُوبِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ . وَذلكَ لِأَنَّ أَسْبَابَ وَجُوبِ النَّفَقَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ ، وَالزَّوْجِيَّةِ ،

فائدة : يُسْتَحَبُّ لِلْمُتَّقِطِ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا مَعَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْإِنْفَاقِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَجِبُ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي اللَّقْطَةِ .

تنبيه : قَوْلُهُ : يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ . بِلَا زَوَاعٍ . لَكِنْ إِنْ تَعَذَّرَ ، اقْتَرَضَ ^(١) الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . فَإِنْ تَعَذَّرَ ، فَعَلَى مَنْ عِلِمَ حَالُهُ الْإِنْفَاقَ ، فَهِيَ فَرَضُ كِفَايَةٍ ، كَالنِّقَاطِ ^(٢) . وَهَذَا الْإِنْفَاقُ يَجِبُ مَجَانًا عِنْدَ

(١) ط : « اقترض » .

(٢) زيادة من : ١ .

وَالْمِلْكِ ، وَالْوَلَاءِ ، مُتَنَفِّةٌ ، فَالْإِتْقَاطُ إِنَّمَا هُوَ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَتَبَرُّعٌ بِحِفْظِهِ ، فَلَا يُوجِبُ ذَلِكَ النَّفَقَةَ ، كَمَا لَوْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ اللَّقِيطِ . وَتَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي حَدِيثٍ أَيْ جَمِيلَةٍ : اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . وَفِي رَوَايَةٍ : مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَلَأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ وَارِثُهُ ، وَمَالُهُ مَضْرُوفٌ إِلَيْهِ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَقَرَابَتِهِ وَمَوْلَاهُ . فَإِنْ تَعَذَّرَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، لَكُونُهُ لَا مَالَ فِيهِ ، أَوْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَا إِمَامَ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يُعْطَ شَيْئًا ، فَعَلَى مَنْ عَلِمَ حَالَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَاتَّقُوا ﴾ . وَلَأَنَّ فِي تَرْكِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ هَلَاكُهُ ، وَحِفْظُهُ مِنْ ذَلِكَ وَاجِبٌ ، كَمَا نَقَاذِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَهُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ ، وَمَنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ أَوْ غَيْرَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَبَرَّعْ أَحَدٌ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَانْفَقَ عَلَيْهِ الْمُتَلَقِّطُ أَوْ غَيْرُهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، وَكَانَ ذَلِكَ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، لَزِمَ اللَّقِيطُ ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ النَّفَقَةُ قَصْدًا بِالْمَعْرُوفِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ . فَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : تُؤَدَّى النَّفَقَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ شَرِيعٌ ، وَالنَّخَعِيُّ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ ، يَخْلِفُ مَا أَنْفَقَ

القاضي وجماعة ؛ منهم صاحبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . وَاخْتَارَهُ صاحبُ « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبْصِيرَةِ » ، وَقَالَا : لَهُ أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَقَالَ : وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمُغْنَى »

اِحْتِسَابًا ، فَإِنْ حَلَفَ اسْتُسْعِيَ ^(١) . وقال الشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو حنيفةٌ ، ومحمدُ بْنُ الْحَسَنِ ، والشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : لا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لَأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، ولا إِذْنِ وَلِيِّهِ ، ولا إِذْنِ الْحَاكِمِ ، فلم يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كما لو تَبَرَّعَ بِهِ . ولنا ، أَنَّهُ أَدَّى مَالًا وَجَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فكان له الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْعَوَضِ لِلْمُنْفِقِ ^(٢) ، إِنْ اقْتَرَنَ بِالْإِنْفَاقِ قَصْدُ الرُّجُوعِ . وقدمه في « الفروع » ؛ لَأَنَّهُ جَعَلَ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً الرُّجُوعِ ، كَمَنْ أَدَّى حَقًّا وَاجِبًا عَنْ غَيْرِهِ . على ما تقدَّم في بابِ الضَّمانِ . وقال في « القاعِدةِ الخامسةِ والسَّبعين » : نَفَقَةُ اللَّقِيطِ خَرَجُهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ ، في مَنْ أَدَّى حَقًّا وَاجِبًا عَنْ غَيْرِهِ ، على ما تقدَّم في بابِ الضَّمانِ ، ومنهم مَنْ قال : يَرْجِعُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . وإليه مِيلُ صَاحِبِ « الْمُغْنَى » ؛ لِأَنَّهُ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى اللَّقِيطِ . ونصَّ أَحْمَدُ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَى يَتِيمِ الْمَالِ . انتهى . وقال النَّاطِلُ : إِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَاسْتَأْذَنَ الْحَاكِمَ ، رَجَعَ عَلَى الطِّفْلِ بَعْدَ الرُّشْدِ ، وَإِلَّا رَجَعَ عَلَى يَتِيمِ الْمَالِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَنَاقِضُ السَّامِرِيِّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، فَقَالَا ، بَعْدَ تَعَدُّرِ الْاِقْتِرَاضِ عَلَى يَتِيمِ الْمَالِ ، وَامْتِنَاعِ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ مَجَانًا : إِنْ أَنْفَقَ الْمُتَقِيطُ ، رَجَعَ عَلَى اللَّقِيطِ ، في إِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ ، وَالْأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ مَا لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ أَدْنَى لَهُ في الْإِنْفَاقِ . زَادَ في « التَّلْخِيسِ » ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرْجِعُ . انتهى . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْوُجُوبُ مَجَانًا

(١) أى اللقيط .

(٢) في ط : « للمنفوق » .

وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ ،
فَيَكُونُ كَافِرًا . فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٥٢٢ - مسألة : (وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ
وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ ، فَيَكُونُ كَافِرًا . فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ) إذا
وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهُوَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ [١٩٨/٥] وَإِنْ كَانَ
فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ ؛ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَلظَاهِرِ الدَّارِ ، وَلَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا
يُغْلَى . وَدَارُ الْإِسْلَامِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا اخْتَلَطَ الْمُسْلِمُونَ ؛ كَبَغْدَادَ ،
وَالْبَصْرَةَ ، فَلَقِيطُهَا مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . الثَّانِي ، دَارُ قَتَحِهَا
الْمُسْلِمُونَ ؛ كَمَدَائِنِ الشَّامِ ، فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ
لَقِيطُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَذَلِكَ الْمُسْلِمِ ، تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كَانَ أَهْلُهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ ، حُكِمَ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْبَ حُكْمِ

وَاسْتِحْقَاقِ الْعَوَضِ لَا يَجْتَنِعَانِ ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مَا إِذَا كَانَ لِلْقِيطِ مَالٌ
تَعَدَّرَ إِنْفَاقُهُ لِمَانَعِهِ ، أَوْ يُنْتَظَرُ حَصُولُهُ مِنْ وَقْفِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ .

قوله : وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ - بلا نزاع - إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ ، وَلَا مُسْلِمٍ
فِيهِ ، فَيَكُونُ كَافِرًا . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : فالمذهب
عند الأصحاب ، الْحُكْمُ بِكُفْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَقَالَ
الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَحَكَى صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » وَجْهًا بَأَنَّهُ مُسْلِمٌ ، اِغْتِيَارًا بِفَقْدِ أَبَوَيْهِ .

الشرح الكبير

الإسلام إنما يكون مع الاختيـمالِ . فأما بـلدُ الكُفَّارِ فـضربانٍ ؛ أحـدُهما ، بـلدٌ كان للمسلمين فـعلَبَ الكُفَّارُ عليـه ، كالسَّاحِلِ ، فهذا كالقِسْمِ الذي قبلـه : إِنْ كان فيـه مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلامِ لِقِيْطـِه ، وإِنْ لم يَكُنْ فيـه مُسْلِمٌ فهو كافرٌ . وقال القاضى : يُحْكَمُ بِإِسْلامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إِيْمَانَهُ ، بِخِلافِ الذي قبلـه ، فَإِنَّهُ لا حَاجَةَ بِهِ إِلَى كَتْمِ إِيْمَانِهِ فِي دَارِ الإِسْلامِ . الثانى ، دارٌ لم تَكُنْ للمسلمين أَصْلًا ؛ كِبِلَادِ الهِنْدِ والرُّومِ ، فَإِنْ لم يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، فَلِقِيْطُهَا كافرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَهُم وَأَهْلُهَا مِنْهُمْ . وَإِنْ كان فِيهَا مُسْلِمُونَ ؛ كالتُّجَّارِ ، وَغَيْرِهِمْ ، ففيـه وَجْهانِ ؛

فائدة : لو كان فى دارِ الإسلامِ بـلدٌ ، كُلُّ أَهْلِها أَهْلٌ^(١) ذِمَّةٌ ، ووُجِدَ فِيها لِقِيْطٌ ، حُكِمَ بِكُفْرِهِ ، وَإِنْ كان فِيها مُسْلِمٌ ، حُكِمَ بِإِسْلامِهِ ، قَوْلًا واحِدًا فِيهما ، عِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يُحْكَمُ بِإِسْلامِهِ إِذَا كان كُلُّ أَهْلِها أَهْلٌ^(٢) ذِمَّةٌ . قال الحارثى : اخْتارَهُ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ .

قوله : فَإِنْ كان فِيهِ مُسْلِمٌ ، فعلى وَجْهَيْنِ . يعنى ، إِذَا كان فى بـلدِ الكُفَّارِ مُسْلِمٌ ولو واحِدًا . قالـه فى « التَّلْخِصِ » ، و « شَرْحِ الحارثى » . وَأُطْلِقَهُما فى « الِهُدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُشْتَوَعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ الحارثى » ، و « الكافى » ، و « شَرْحِ ابنِ مَتَّجَى » ؛ أَحَدُهما ، يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فى « الْمُتَوَرِّ » . وَقَدَّمَهُ فى « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،

(١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : ا .

وَمَا وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَبِيهِ أَوْ
تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ مَذْفُونًا

أحدهما ، يُحَكَّمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلإِسْلَامِ . والثاني ، يُحَكَّمُ بِكُفْرِهِ ،
تَغْلِيْبًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ . وهذا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال ابنُ الْمُثَنِّرِ :
أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الطِّفْلَ إِذَا وَجَدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ مَيِّتًا فِي
أَيِّ مَكَانٍ وَجَدَ ، أَنَّهُ يَجِبُ غَسْلُهُ وَدَفْنُهُ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ مَنَعُوا
أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قال : وَإِذَا وَجَدَ لَقِيطًا فِي
قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَّمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هذا قولُ
الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

٢٥٢٣ - مسألة : (وما وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ،
أَوْ مَالٍ فِي جَبِيهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ

و « الفائق » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُحَكَّمُ بِإِسْلَامِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .

فَالدُّعَاةُ ، إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : مِثْلُ الْأَصْحَابِ فِي الْمُسْلِمِ هُنَا بِالتَّاجِرِ
وَالْأَسِيرِ ، وَاعْتَبَرُوا إِقَامَتَهُ زَمَنًا مَا ، حَتَّى صَرَّحَ فِي « التَّلْخِصِ » ، أَنَّهُ لَا يَكْفِي
مُرُورُهُ مُسَافِرًا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ سَاكِنٌ ، فَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ .
الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : لَوْ كَثُرَ الْمُسْلِمُونَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ ، فَلَقِيطُهَا مُسْلِمٌ .
وَقَالَ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي »
الصَّغِيرِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَمِثْلُ مَسْأَلَةِ الْخِلَافِ فِي « الرَّعَايَةِ » بِالْمُسْلِمِ الْوَاحِدِ .
قوله : وَمَا وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَبِيهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ،
أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ،

تَحْتَهُ ، أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

كان مَذْفُونًا تَحْتَهُ ، أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ (وجملة ذلك ، أَنَّ مَا وَجَدَ مَعَ اللَّيْقِطِ فَهُوَ لَهُ ، يَنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَبِهَ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيُّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ فَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيَثْبُتُ بِذَلِكَ مِلْكًا لَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَمِنْ [١٩٨/٥ ط] ذَلِكَ ، مَا كَانَ لِابْنِهِ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ تَحْتَهُ مَجْمُوعًا^(١))

و « الكافي » ، والشارح ، وابن رزّين في « شرحه » ، وغيرهم : وكذا لو كان مَذْفُونًا^(٢) في دَارٍ ، أَوْ خِيَمَةٍ ، تَكُونُ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمَجْدِدِ وَجَمَاعَةِ خِلَافِهِ .

قوله : وَإِنْ كَانَ مَذْفُونًا تَحْتَهُ - يَعْنِي ، إِذَا كَانَ الدَّفْنُ طَرِيقًا - أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا كَانَ مَذْفُونًا [٢٣٤/٢] تَحْتَهُ ، وَالدَّفْنُ طَرِيقًا ، فَأُطْلِقَ فِيهِ وَجْهَيْنِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لَهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، صَحِّحُهُ^(٣) فِي « التَّضْحِيحِ » . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « تَذَكِيرُ ابْنِ عَبْدِوَسَّاسٍ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَكُونُ لَهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) ق م : « أَوْ مَجْمُوعًا » .

(٢) ق ط : « مَجْمُوعًا » .

(٣) سقط من : الأصل .

فيه ؛ كالتسريير ، والسفط^(١) ، وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه . وإن كان مشدوداً على دابة ، أو كانت مشدودة في ثيابه ، أو كان في خيمة أو دار ، فهي له . وأما المنفصل عنه ، فإن كان بعيداً منه ، فليس في يده . وإن كان قريباً منه ؛ كتوب موضوع إلى جانيه ؛ ففيه وجهان ؛ أحدهما ؛ ليس له ذلك ؛ لأنه منفصل عنه ، فهو كالبعيد . والثاني ، هو له ؛ لأن الظاهر أنه ترك له ، فهو كالذي تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأنه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك حمله قريباً منه . وهذا أصح . فأما المدفون تحته ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر

الإنصاف و « المستوعب » ، و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « النظم » ، و « شرح ابن رزير » . وهو المذهب ، على المضطلع في الخطبة . وحكى في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » وجهاً ، أنه له ، ولو لم يكن الدفن طرياً . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وهو بعيد جداً . ولم يذكره في « المغني » ، و « الشرح »^(٢) ، و « الفروع » ، و « شرح الحارثي » . الثانية^(٣) ، إذا كان مطروحاً قريباً منه ، فأطلق المصنف فيه الوجهين ، وأطلقهما في « المذهب » ، و « الكافي » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « ابن منجي » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ،

(١) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب ونحوه من أدوات النساء .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ط : الثالثة .

طَرِيًّا فَهُوَ لَهُ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ طَرِيًّا فَوَاضِعُ اللَّقِيطِ حَفَرَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيًّا ، كَانَ مَذْفُونًا قَبْلَ وَضْعِهِ . وَقِيلَ : لَيْسَ هُوَ لَهُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ بِمَوْضِعٍ لَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْحَفَرُ طَرِيًّا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِذَا كَانَ طَرِيًّا ، كَالْبَعِيدِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ ، لَشَدَّهُ وَاضِعُهُ فِي ثِيَابِهِ ، لِيُعْلَمَ بِهِ ، وَلَمْ يَتْرُكْهُ فِي مَكَانٍ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَا حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ اللَّقِطَةِ أَوْ الرُّكَازِ .

٢٥٢٤ - مسألة : (وَأُولَى النَّاسِ بِحَضَانَتِهِ وَاجِدُهُ إِنْ كَانَ أَمِينًا) لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَقْرَأَ اللَّقِيطَ فِي يَدِ أَبِي جَبِيلَةَ ، حِينَ قَالَ عَرِيفُهُ : إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . وَلِأَنَّهُ سَبَقَ إِلَيْهِ ، فَكَانَ أُولَى بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ

و « الْفَائِقِ » ، و « التَّظْمِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لَهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . الْإِنْصَافِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَكُونُ لَهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْبَنَّا . وَلَنَا قَوْلُ ثَالِثٍ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَتَيْنِ بِالْفَرَقِ بَيْنَ الْمُتْلَقِ قَرِيبًا مِنْهُ وَبَيْنَ الْمَذْفُونِ تَحْتَهُ ، فَيَكُونُ الْمُتْلَقُ الْقَرِيبُ لَهُ دُونَ الْمَذْفُونِ تَحْتَهُ . قَالَ فِي « الْمَجْرَدِ » ، وَقَطَعَ بِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَقْتَضِيهِ إِبْرَاهِيمُ فِي « الْمُعْنَى » . قُلْتُ : قَدَّمَ فِي « الْكَافِي » ، و « التَّظْمِ » ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَذْفُونُ . وَأُطْلِقًا فِي الْمُتْلَقِ الْقَرِيبِ الْوَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

المقنع وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

الشرح الكبير سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ^(١) . وَهَلْ يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ ، كَمَا لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ فِي اللَّقْطَةِ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْإِشْهَادِ حِفْظُ النَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَاخْتَصَّ بِوُجُوبِ الشَّهَادَةِ ، كَالنِّكَاحِ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا حِفْظُ الْمَالِ ، فَلَمْ يَجِبِ الْإِشْهَادُ فِيهَا ، كَالْبَيْعِ .

٢٥٢٥ - مسألة : (وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى اللَّقِيطِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ وَمَا حَكَمَ لَهُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ كِفَايَتُهُ ، لَمْ تَجِبْ نَفَقَتُهُ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ ذُو مَالٍ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَهُ مِنَ النَّاسِ . وَلَمُلْتَقِطُهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ [١٩٩/٥] الْحَاكِمِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِذْنُ الْحَاكِمِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ . وَلِأَنَّ هَذَا مِنَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ ، كَتَبْدِيدِ الْخَمْرِ . وَرَوَى أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ أَوْذَعَ رَجُلًا مَالًا ، وَغَابَ وَطَالَتْ غَيْبَتُهُ ،

الإنصاف قوله : وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

الشرح الكبير

وله وَلَدٌ ، ولا نَفَقَةَ له ، هل يُنْفِقُ عليهم هذا المُسْتَوْدَعُ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ؟ فقال : تقومُ امرأته إلى الحاكمِ ، حتى يأمره بالإِنْفَاقِ عليهم . فلم يجعلْ له الإِنْفَاقَ مِنْ غيرِ إِذْنِ الحاكمِ . فقال بعضُ أصحابنا : هذا مثله . والصَّحِيحُ أَنَّ هذا مُخَالِفٌ له مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أَنَّ الْمُتَّقِطَ له وَلَايَةٌ على اللَّقِيطِ وعلى ماله ؛ فَإِنَّ له وَلَايَةَ أَخْذِهِ وَحِفْظِهِ . والثَّانِي ، أَنَّهُ يُنْفِقُ على اللَّقِيطِ مِنْ ماله ، وهذا بخلافه ، ولأنَّ الإِنْفَاقَ على الصَّبِيِّ مِنْ مَالِ أَبِيهِ^(١) مُشْرُوطٌ بِكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتَاجًا إلى ذلك ؛ لَعَدَمِ ماله ، وَعَدَمِ نَفَقَةِ تَرْكِهَا أبوه بِرِسْمِهِ ، وذلك لا يُقْبَلُ فيه قولُ المُودَعِ ، فاحتجيجُ إلى إثباتِ ذلك عند الحاكمِ ، ولا كذلك في مسألتنا ، فلا يلزَمُ مِنْ وَجُوبِ اسْتِثْذَانِ الحاكمِ ، ثُمَّ وَجُوبُهُ في اللَّقِيطِ . ومتى لم يجدْ حاكمًا ، فله الإِنْفَاقُ بكلِّ حالٍ ؛ لِأَنَّهُ حالُ ضَرُورَةٍ . وقال الشافعي : ليس له أَنْ يُنْفِقَ بِغيرِ إِذْنِ حاكمٍ في مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكمًا ، وإنْ أَنْفَقَ صَمِنَ ، بِمَنْزِلَةِ مَالِو كان لأبي الصَّغِيرِ وَدِيعَةً عند إنسانٍ فَأَنْفَقَ عليه منها ، وذلك لِأَنَّهُ لا وَلَايَةَ له على ماله ، وإنما له حَقُّ الْحَضَانَةِ . فَإِنْ لم يجدْ حاكمًا ، ففي جَوَازِ الإِنْفَاقِ وَجْهَانِ . ولنا ، ما ذَكَرْنَاهُ ابْتِدَاءً ، ولا نَسَلُمُ أَنَّهُ لا وَلَايَةَ له على ماله ، فَإِنَّا قد بَيَّنَّا أَنَّ له

وهو وَجْهٌ في « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَرَدُّ هذه الرُّوَايَةِ الْمَجْدُ في « شَرْحِهِ » . ذَكَرَهُ الْإِنصَافُ في « الْقَوَاعِدِ » ، وكذا الْمُصَنِّفُ ، نَقَلَهُ الزَّرْكَشِيُّ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا ، إِذَا أَنْفَقَ عليه مِنْ ماله ، وَنَوَى الرُّجُوعَ .

(١) في م : : الله .

أَخَذَهُ وَحَفَظَهُ ، وَهُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ ، وَذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَبَيْنَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ التُّهْمَةِ ، وَأَقْطَعُ لِلظَّنِّ ، وَفِيهِ خُرُوجٌ مِنَ الْخِلَافِ وَحِفْظٌ لِمَالِهِ مِنْ أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِ بِمَا أَتَّفَقَ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي وَلِيِّ التَّيِّمِ . فَإِنْ بَلَغَ اللَّقِيطُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا أَتَّفَقَ ، وَفِي التَّفْرِيطِ فِي الْإِنْفَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَّفِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلِيِّ التَّيِّمِ .

٢٥٢٦ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ) الْمُتَّقِطُ (فَاسِقًا) لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ حِفْظَهُ لِلْوِلَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : وَإِنْ لَمْ [١٩٩/٥ ط] يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ؛ لِثَلَاثِ بَدْعِي رِقَّةٍ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَيُضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا إِذَا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، فَهِيَ أَوْلَى . قَالَ الْقَاضِي : وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِي حِفْظِ مَالِهِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ اعْتِبَارَ إِذْنِ الْحَاكِمِ فِيهِ . وَمِنْهَا ، قَبُولُ الْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مُقْتَضَى قَوْلِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، أَنَّهُ لِلْمُلْتَقِطِ ، وَمُقْتَضَى كَلَامِ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، أَنَّهُ لِلْحَاكِمِ . قُلْتُ : كَلَامُ صَاحِبِ « الْمُعْنَى » مُوَافِقٌ لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فِي ذَلِكَ .

قوله : وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، أَوْ رَقِيقًا ، أَوْ كَافِرًا ، وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدْوِيًّا يَنْتَقِلُ

الشرح الكبير

يُنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ . وَيُفَارِقُ اللَّقْطَةَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ
مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هُنَا إِلَّا الْوِلَايَةُ . الثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ لَوْ انْتَزَعْنَاهَا
مِنْهُ رَدَّذَنَاهَا إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَلِذَلِكَ اخْتَطْنَا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِهَا فِي يَدِهِ ، وَهُنَا
لَا يُرَدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْاِنْتِزَاعِ مِنْهُ بِحَالٍ ، فَكَانَ الْاِنْتِزَاعُ أَحْوَجَ^(١) . وَالثَّالِثُ ،
أَنَّ الْمَقْصُودَ ثَمَّ حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ الْاِخْتِيَاظُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَظْهَرَ عَلَيْهِ فِي
التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصِبَ الْحَاكِمُ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ
وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْاِسْتِظْهَارِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدَّعِي رِقَّهُ فِي بَعْضِ
الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى حِفْظِهَا
وَالْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهَا عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
زَمَانِهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَنْتَزَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ
لَهُ الْوِلَايَةُ بِالْاِتِّفَاقِ إِيَّاهُ وَسَبَقَهُ إِلَيْهِ ، وَأُمْكِنَ حِفْظُهُ فِي يَدَيْهِ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ،
وَصَمَّ أَمِينَ يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ وَيُشِيعُ أَمْرَهُ ، فَيُظْهَرُ أَنَّهُ لَقِيطٌ ، فَيَنْحَفِظُ بِذَلِكَ

فِي الْمَوَاضِعِ ، أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يَقَرَّ فِي يَدِهِ . يُشْتَرَطُ
فِي الْمُتَّقِطِ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ قَالَ الْمُصَنِّفُ قَبْلَ
ذَلِكَ : وَأَوَّلَى النَّاسِ بِخَصَائِنِهِ وَاجِدُهُ ، إِنْ كَانَ أَمِينًا . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ :
الْمَذْهَبُ عَلَى ذَلِكَ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي
« الْفَاتِي » : وَتَشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِاشْتِرَاطِ الْأَمَانَةِ فِي الْمُتَّقِطِ
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) ق م : أَحْفَظُ .

من غير زوال ولايته ، جَمْعًا بين الحَقَّين ، كاللَّقْطَةِ ، وكأ لو كان الوَصِيُّ خَائِنًا . قال شيخنا^(١) : وما ذَكَرَهُ القاضِي من التَّرْجِيحِ لِلْقَطَةِ ، يُمكنُ مُعَارَضَتَهُ بأنَّ اللَّقِيطَ ظاهِرٌ مَكْشُوفٌ لا تَخْفَى الخِيَانَةُ فِيهِ ؛ بخِلَافِ اللَّقْطَةِ ؛ فَإِنَّهَا خَفِيَّةٌ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا الخِيَانَةُ ولا يُعْلَمُ بِهَا ، وَيُمْكِنُ أَخْذُ بَعْضِهَا وَتَقْيِصُهَا وَإِبْدَالُهَا ، بخِلَافِ اللَّقِيطِ . ولأنَّ المَالَ مَحَلُّ الخِيَانَةِ ، والنُّفُوسُ إِلَى أَخْذِهِ دَاعِيَةٌ ؛ بخِلَافِ النُّفُوسِ . فعلى هذا ، متى أَرَادَ هذا المُلْتَقِطُ السَّفَرَ باللَّقِيطِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لَأَنَّهُ يُعْجِزُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حالَهُ ، فلا يُؤْمِنُ أَنْ يَدْعَى رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ كَانَ المُلْتَقِطُ مُسْتَوْرَ الحَالِ ، لم تُعْرِفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ العَدَالَةِ ولا خِيَانَتُهُ ، أَقْرَ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ العَدْلِ فِي لُقْطَةِ المَالِ

وغيرهم . وقطع في « الوجيز » ، و « المحرر » ، وغيرهما ، أَنَّهُ لَا يُقَرُّ بِيدِ فائِسٍ . وقدمه في « الكافي » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وقيل : يُقَرُّ بِيدِ الفائِسِ ، إِذَا كَانَ أَمِينًا . وقدمه في « الرعاية » في موضع ، وابن رزين في « شرحه » ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِنْ لم يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ . فظاهره ، أَنَّهُ إِذَا أَقَامَ بِهِ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ فائِسًا . وأجراه صاحب « التلخيص » ، و « الفروع » ، وغيرهما على ظاهره ، وقال المصنِّفُ وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ عَلَى قَوْلِهِ : يَنْبَغِي أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ ، وَيُشَبِّعُ أَمْرَهُ ؛ لِيَوْمَ مَنْ مِنَ التَّفْرِيطِ فِيهِ .

الإيضاح

تنبيهه : ظاهر قَوْلِهِ : وَإِنْ كَانَ فائِسًا ، لم يُقَرَّ فِي يَدِهِ . أَنَّ مُسْتَوْرَ الحَالِ يُقَرُّ فِي

(١) في : المنى ٨/ ٣٦١ .

والولاية في النكاح والشهادة فيه ، وفي أكثر الأحكام ؛ لأن الأصل في [٢٠٠/٥] المسلم العَدَالَةُ ؛ ولذلك قال عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . فَإِنْ أَرَادَ السَّفَرُ بَلْقِيَطَهُ ، ففِيهِ
وَجْهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ
أَمَانَتُهُ ، فَلَا تُؤْمَنُ الْخِيَانَةُ مِنْهُ فِيهِ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ
فِي الْحَضَرِ مِنْ غَيْرِ مُشْرِفٍ يُضَمُّ إِلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ الْعَدْلُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ السَّرُّ
وَالصِّيَانَةُ . فَأَمَّا مَنْ عُرِفَتْ عِدَالَتُهُ وَظَهَرَتْ أَمَانَتُهُ ، فَيُقَرُّ اللَّقِيطُ فِي يَدِهِ
حَضَرًا وَسَفَرًا ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُونٌ إِذَا كَانَ سَفَرُهُ لَغَيْرِ الثَّقَلَةِ .

يَدِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ،
و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . لَكِنْ لَوْ أَرَادَ السَّفَرُ بِهِ ، فَهَلْ
يُقَرُّ بِيَدِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ،
و « النَّظْمِ » ، وَ « الزُّرْكَاشِيِّ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَاتِي » ،
وغيرهم ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ بِيَدِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي
« شَرْحِهِ » . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَأَمَّا الرَّقِيقُ ؛ فَلَيْسَ لَهُ التِّقَاطُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ،
اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ ، فَيَجِبُ التِّقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَكَةِ . أَمَّا
مَعَ وُجُودِ مَنْ هُوَ أَهْلٌ لِلتِّقَاطِ ، فَقَطَعَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بِمَنْعِهِ مِنَ الْأَخْذِ ؛ مُعَلَّلًا
بِأَنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، أَوْ بِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ فَإِنْ أَخَذَ اللَّقِيطُ
قُرْبَةً ، فَلَا يَخْتَصُّ بِحُرٍّ ، وَعَدَمُ الْإِقْرَارِ بِيَدِهِ دَوَامًا لَا يَمْنَعُ أَخْذَهُ ابْتِدَاءً . فَعَلَى
الْمَذْهَبِ ، إِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ ، فَهُوَ نَائِبُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ [٢٣٤/٢] فِي الْإِذْنِ .

٢٥٢٧ - مسألة : فإن كان المُلْتَقِطُ رَقِيقًا ، لم يُقَرَّ في يَدِهِ . وَجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّهُ ليس للعَبْدِ التَّقَاطُ الطِّفْلِ المَنْبُوذِ إِذَا وُجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يُذْهِبُهَا فِي غَيْرِ نَفْعِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى اللَّقِيطِ إِلَّا الْوِلَايَةُ ، وَلَا وِلَايَةُ لِعَبْدٍ . فَإِنْ التَّقَطَّ ، لم يُقَرَّ في يَدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ، أُقِرَّ في يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ ، فَصَارَ كَمَا لو التَّقَطَّ سَيِّدُهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِذَا أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ ، لم يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَصَارَ كَمَا لو التَّقَطَّ السَّيِّدُ . وَالحُكْمُ فِي الْأَمَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْعَبْدِ . فَأَمَّا إِنْ لم يَجِدْ أَحَدًا يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ، وَجَبَ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَهُوَ كَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَالمُدَبَّرُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالمُعَلَّقُ عُنْقُهُ بِصِفَةٍ ؛ كَالْقَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ ؛ لِأَنَّهُ ليس لَهُ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ وَلَا بِمَنَافِعِهِ إِلَّا أَنْ يَأْذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ .

قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الحَارِثِيِّ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

فَائِدَةٌ : المُدَبَّرُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالمُعَلَّقُ عُنْقُهُ ، كَالْقَيْنِ ؛ لِقِيَامِ الرُّقَى ، وَالمُكَاتَبُ كَذَلِكَ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الحَارِثِيِّ » . وَمِنْ بَعْضِهِ رَقِيقٌ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّ كُنْ مِنْ اسْتِكْمَالِ الْحَضَانَةِ . وَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَلَيْسَ لَهُ التَّقَاطُ الْمُسْلِمِ ، وَلَا يُقَرَّ بِيَدِهِ . وَمُرَادُهُ بِالْكَافِرِ هُنَا ، الذَّمِيُّ ، وَإِنْ كَانَ الْحَرَبِيُّ بِطَرِيقِ أَوَّلَى .

أَوْ كَافِرًا وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدْوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، المقتنع

٢٥٢٨ - مسألة : (أَوْ كَافِرًا وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ) ليس للكافر التقاطُ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيِّهِ عَلَى دِينِهِ ، وَيَنْشَأُ عَلَى ذَلِكَ ، كَوَلَدِهِ . فَإِنْ التَّقَطَّ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . فَإِنْ كَانَ الطِّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

٢٥٢٩ - مسألة : (أَوْ بَدْوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ) ففیه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدْوِيٍّ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدِهِ مُتَقَطُّهُ

تبيينه : ظاهرُ كلامِ المصنّف ، أَنَّ الكافرَ إِذَا التَّقَطَّ مِنْ حُكْمٍ بِكُفْرِهِ ، أَنَّهُ يُقَرَّ بِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . لَكِنْ لَوْ التَّقَطَّ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ : هُمَا سَوَاءٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : الْمُسْلِمُ أَحَقُّ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالتَّائِيظُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ بَلَا تَرَدُّدٍ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا .

فالتدقان ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ فِي الْمُتَقَطِّ أَيْضًا ، أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا ، فَلَا يُقَرَّ بِيَدِ صَبِيٍّ ، وَلَا مَجْنُونٍ . الثَّانِيَّةُ ، يُشْتَرَطُ الرُّشْدُ ، فَلَا يُقَرَّ بِيَدِ السَّفِيهِ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«التَّلْخِيسِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الرُّعَايَةِ» ، ثُمَّ قَالَ : قُلْتُ : وَالسَّفِيهِ كَالْفَاسِقِ . انْتَهَى . لِأَنَّهُ

أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَالثَّانِي ، يُؤْخَذُ مِنْهُ فَيُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ قَرَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ وَأَخْفُ عَلَيْهِ .

لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا^(١) يَكُونَ وَلِيًّا عَلَى غَيْرِهِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنَّفِ هُنَا ، وَصَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا ، أَنَّهُ يُقَرُّ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْأَمَانَةِ وَالتَّرْتِيبَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَصَحُّ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأَمَّا إِذَا التَّقَطُّهُ الْبَدْوِيُّ الَّذِي يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، فَجَزَمَ الْمُصَنَّفُ هُنَا أَنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَقْوَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرُّ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » : مَتَى وَجَدَهُ فِي فَضَاءٍ خَالٍ ، فَلَهُ نَقْلُهُ حَيْثُ شَاءَ . وَأَمَّا إِذَا التَّقَطُّهُ مَنْ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، فَجَزَمَ الْمُصَنَّفُ أَنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَالزُّرْكَشِيُّ ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقَرُّ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ صَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » .

(١) سقط من : ط .

أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ .
وَأِنْ التَّقَطُّ فِي الْبَادِيَةِ مُقِيمٌ فِي حِلَّةٍ ، أَوْ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى الْحَضَرِ
أَقَرَّ مَعَهُ . وَأِنْ التَّقَطُّ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَهَلْ يُقَرَّرُ
فِي يَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٥٣٠ - مسألة : (وَإِنْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ وَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ،
لَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ) لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مَقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحُ لَهُ فِي دِينِهِ
وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَعُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ
[٢٠٠/٥ ط] وَلَدَ فِيهِ ، فَبَقَاؤُهُ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، وَظُهُورِ أَهْلِهِ ،
وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ .

٢٥٣١ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطُّ فِي الْبَادِيَةِ مُقِيمٌ فِي حِلَّةٍ) أَقَرَّ فِي
يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُهُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَةِ وَالِدَّعَةِ وَالذِّينِ .
٢٥٣٢ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطُّ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ
آخَرَ) لِلْإِقَامَةِ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى
لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُنتَقِلِ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ،

قوله : (وَإِنْ التَّقَطُّ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ التَّقَطُّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَهَلْ يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؟
الإنصاف) عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمَغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « ابْنِ مَنَاجِي » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي »

المفتع وَإِنْ التَّقَطُّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ [٦٥١ ط] الْمُوَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى الْمُعْغِيرِ ،
وَالْمُقِيمُ عَلَى الْمُسَافِرِ .

الشرح الكبير يُقَرَّفُ فِي يَدِهِ ؛ «لَأَنَّ وَلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ» ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرَّفُ
فِي يَدِهِ ، كَالْمُتَنَقِّلِ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ ، وَفَارَقَ
الْمُتَنَقِّلَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهِ بَتَقْوِيَتِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ .

٢٥٣٣ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطُّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ الْمُوَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى
الْمُعْغِيرِ ، وَالْمُقِيمُ عَلَى الْمُسَافِرِ) فَإِنْ اسْتَوَيَا وَتَشَاخَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . إِذَا

الإنصاف الصَّغِيرِ ، وَ «الزَّرَكَشِيُّ» ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا (٢) يُقَرَّفُ فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ
الْمَذْهَبِ . قُدِّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ «شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ» . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرَّفُ .
وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . وَصَحَّحَهُ النَّاطِظُ ، وَصَاحِبُ «التَّصْحِيحِ» .
فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ نَقَلَهُ مِنْ بَلَدٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، فِيهِ الْوَجْهَانِ . قَالَه
الْقَاضِي فِي «الْمُجَرَّدِ» وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ نَقَلَهُ مِنْ حِلَّةٍ إِلَى حِلَّةٍ .
تَبَيَّنَ : يُسْتَتَنَى مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، لَوْ كَانَ الْبَلَدُ زَوَيْتًا ؛ كَعُورٍ تَيْسَانَ وَنَحْوِهِ ،
فَإِنَّهُ يَجُوزُ النَّقْلُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لِتَعَيُّنِ الْمَصْلَحَةِ فِي النَّقْلِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ :
فِيَعْنِي بِهَا . الثَّلَاثَةُ ، حَيْثُ يُقَالُ بَانْتِزَاعِهِ مِنَ الْمُتَقَطِّطِ ، فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمَسَائِلِ ،
فَإِنَّمَا ذَلِكَ عِنْدَ وُجُودِ الْأَوَّلَى بِهِ . أَمَّا إِذَا لَمْ يُوجَدْ ، فَأَقْرَارُهُ فِي يَدِهِ أَوَّلَى ، كَيْفَ
كَانَ ؛ لَرُجْحَانِهِ بِالسَّبْقِ إِلَيْهِ .

قوله : وَإِنْ التَّقَطُّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ الْمُوَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى الْمُعْغِيرِ ، وَالْمُقِيمُ عَلَى

(١-١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

التَّقَطُّهٖ اثْنَانِ وَتَنَاوَلَاهُ تَنَاوُلًا وَاحِدًا ، لَمْ يَخُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِمَّنْ يُقْرُ فِي يَدِهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدْلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ لَا يُقْرُ فِي يَدِهِ ، كَالْكَافِرِ - إِذَا كَانَ الْمُتَقَطُّ^(١) مُسْلِمًا - وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقْرُ فِي يَدِهِ دُونَ شَرِيكِهِ ، كَمَنْ التَّقَطُّهٖ وَحْدَهُ ، وَلِأَنَّ الشَّرِيكَ لَوْ التَّقَطُّهٖ وَحْدَهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِتِّقَاطِ ، كَانَ أَوْلَى بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَإِقْرَارِهِ فِي يَدِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِمَّنْ لَا يُقْرُ فِي يَدَيَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُنَزَّعُ مِنْهُمَا وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّنْ يُقْرُ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنَّ أَحَدَهُمَا أَحْظَ لِلْقَيْطِ مِنَ الْآخَرِ ، بَأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُّ لِلطُّفْلِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُقِيمًا وَالْآخَرُ مُسَافِرًا ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالطُّفْلِ .

المُسَافِرُ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّ الْبَلَدِيَّ وَضِيْدَهُ ، وَالْكَرِيمَ وَضِيْدَهُ ، وَالْإِنْصَافَ وَظَاهِرَ الْعَدَالَةِ وَضِيْدَهُ ، فِي ذَلِكَ عَلَى جَدِّ سَوَاءٍ . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » : يُقَدَّمُ الْبَلَدِيُّ عَلَى ضِيْدِهِ . وَقَالَ فِي « الْمَعْنَى »^(٢) ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَتَّبِعِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ . اِنْتَهَى . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ ظَاهِرُ الْعَدَالَةِ عَلَى ضِيْدِهِ . وَهِيَ اخْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ الْحَارِثِيَّ .

(١) فِي رَأْيِ : « اللَّقِيطُ » .

(٢) الْمَعْنَى ٣٦٤/٨ .

فصل : وإن التَّقَطَّ مُسْلِمٌ وكَافِرٌ طِفْلاً مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَالْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وقال أصحابنا ، وأصحابُ الشافعي : هما سواء ؛ لأنَّ للكافر ولايةً على الكافر ، ويُقَرُّ في يَدِهِ إذا انفَرَدَ بالتَّقَاطِهِ ، فساوَى المُسْلِمَ في ذلك . ولنا ، أنَّ دَفْعَهُ إلى المُسْلِمِ أَحْظُّ لَهُ ؛ لأنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعَدُ في الدُّنْيَا والآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزِيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالتَّرْجِيحُ بهذا أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةٌ عَلَيْهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بَخِيلًا ، فَلَا تَحْصُلُ التَّوْسِيعَةُ ، فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرْجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا [٢٠١/٥ د] وَالكَافِرُ مُوسِرًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ لَهُ بِإِسْرَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ . وَعِنْدَهُمْ ، يُقَدَّمُ الْكَافِرُ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛ لِأَنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْجَهَةِ الَّتِي يَحْصُلُ لَهُ الْحَظُّ فِيهَا بِالْيَسَارِ .

قائدة : الشَّرَكَةُ فِي الْإِلْتِقَاطِ أَنْ يَأْخُذَهَا جَمِيعًا ، وَلَا اِغْتِبَارَ بِالْقِيَامِ الْمُجَرَّدِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حَقِيقَةُ الْأَخْذِ ، فَلَا يُوجَدُ بَدُونَهُ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ الْغَيْرُ بِأَمْرِهِ ، فَالْمُلْتَقِطُ هُوَ الْآمِرُ ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشِرَ نَائِبٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَأَسْتِنَائِهِ فِي أَخْذِ الْمُبَاحِ .

تنبیه : دَخَلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ التَّقَطُّ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ . وَهُوَ كَذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، [٢٣٥/٢ د] وَالتَّائِظُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ أَيْضًا .

فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاحَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٣٤ - مسألة^(١) : (فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاحَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا) إذا تَسَاوَيَا فِي الْأَوْصَافِ الَّتِي تَقْتَضِي تَقْدِيمَ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْإِثَارِ بِهِ . وَإِنْ تَشَاحَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ۚ ﴾^(٢) . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ تَهَيَّأَهُ يَوْمًا وَيَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ ، أَضُرَّ بِالطِّفْلِ ؛ لِاخْتِلَافِ الْأَغْذِيَةِ عَلَيْهِ وَالْأَنْسِ وَالْإِلْفِ ، وَلَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَسَاوٍ ، فَتَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ تَحْكُمُ لَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا يُقْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي تَعْيِينِ السَّهَامِ فِي الْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ النِّسَاءِ فِي الْبِدَايَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْإِعْتَاقِ . وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سَوَاءٌ ، وَلَا تُرْجِعُ الْمَرْأَةُ هَهُنَا كَمَا تُرْجَعُ فِي حَضَانَةِ وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهَا رُجِّحَتْ ثُمَّ لَشَفَّقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَوَلَّيَا لِحَضَانَتِهِ بِنَفْسِهَا وَالْأَبُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَكَانَتْ أُمُّهُ أَحْظَ لَهُ وَأَرْفَقَ بِهِ ، أَمَّا هَهُنَا فَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّقِيطِ ، وَالرَّجُلُ

قوله : فَإِنْ تَشَاحَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، والإنصاف ، وقطع به أكثرهم ؛ منهم صاحب « المعنى » ، و « الشرح » ، و « القواعد » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » ، و « شرح الحارثي » . وقيل : يُسَلَّمُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وقال الحارثي : وذكر

(١) سقط من : م .

(٢) سورة آل عمران ٤٤ .

يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَاسْتَوَيَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ « فِي هَذَا » عَلَى مَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْتَوْرَ الْحَالِ وَالْآخَرُ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ ، اِحْتَمَلُ تَرْجِيحُ ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِلْتِقَاطِ مُتَنَفٍّ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ شَكٍّ ، وَالْآخَرُ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَيَكُونُ الْحِظُّ لِلطُّفْلِ فِي تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ أَتَمَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ اِحْتِمَالَ وُجُودِ الْمَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي التَّرْجِيحِ .

فصل : وَإِنْ رَأَاهُ جَمِيعًا ، فَسَبَقَ ^(١) أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهُ ، أَوْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِهِ ، عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . فَإِنْ رَآهُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، فَسَبَقَ إِلَى أَخْذِهِ الْآخَرُ ، فَالسَّابِقُ إِلَى أَخْذِهِ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ هُوَ الْأَخْذُ دُونَ الرُّؤْيَا . فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لَصَاحِبِهِ : نَاوِلْنِي . فَأَخَذَهُ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا إِلَى نِيَّتِهِ ؛ فَإِنْ نَوَى أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ ، [٢٠١/٥ ط] فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ الْآخَرُ بِمُنَاوَلَتِهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ نَوَى مُنَاوَلَتَهُ فَهُوَ لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنِيَّةِ النِّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، فِي بَابِ الْحَضَانَةِ ، أَنَّ الرَّقِيقَ إِذَا كَانَ بَعْضُهُ خُرَّاتَهَا فِي حَضَانَتِهِ سَيِّدُهُ وَنَسَبُهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، قَالَ : فَيُخْرَجُ هُنَا بِمِثْلِهِ ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . اِنْتَهَى .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : هـ إليه .

(٣) تقدم ترجمته في ٢٩١/٥ .

فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقَطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير

٢٥٣٥ - مسألة : (فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقَطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ)
لأنَّهَا أَقْوَى . فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا ؛ لِأَنَّ
الثَّانِي إِنْمَا أَخَذَ مَا قَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ فِيهِ لغيرِهِ . فَإِنْ اسْتَوَى تَارِيخُهُمَا ، أَوْ
أُطْلِقَتَا ، أَوْ أُرْخَتْ إِحْدَاهُمَا وَأُطْلِقَتِ الْأُخْرَى ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ يَسْقُطَانِ
أَوْ يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطَانِ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ
لَهُمَا . وَالثَّانِي ، يُسْتَعْمَلَانِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ فَهُوَ أَوْلَى .
وَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي بَابِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ كَانَ اللَّيْقُطُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ،
فَهَلْ تُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ ، أَوْ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مُبِينَانِ عَلَى الرُّوَاتَيْنِ
فِي دَعْوَى الْمَالِ .

تبيينه : قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقَطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ . بِإِذَا نَزَاعَ . فَإِنْ
كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ اتَّخَذَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ أُطْلِقَتَا ، أَوْ أُرْخَتْ إِحْدَاهُمَا
وَأُطْلِقَتِ الْأُخْرَى ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ يَسْقُطَانِ أَوْ يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛
أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطَانِ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ ، فِيمَا إِذَا تَسَاوَا ، فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَغَيْرِهِمْ . وَالثَّانِي ، يُسْتَعْمَلَانِ وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، كَانَ أَوْلَى بِهِ .
قَالَ فِي « الْكَافِي » : وَإِنْ تَسَاوَا فِي الْيَدِ أَوْ عَدَمِهَا ، سَقَطَتَا ، وَأُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، فَقُدِّمَ

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ .

الشرح الكبير

٢٥٣٦ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ)
فيكون القول قولَه مع يمينه أنه التَّفْطَه . ذكره أبو الخطاب . وهو قول
الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب أنه لا يخلف ، كما في الطلاق
والنكاح . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى
قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رواه
مسلم^(١) .

الإنصاف

بأحدهما . وجزم به ابنُ رزِين في « شَرْحِهِ » . ومحلُّهما إذا لم يكن في يَدِ أَحَدِهِمَا .
قال الحارثي : وفي بَيِّنَةِ الْمَالِ وَجْهٌ بِتَقْدِيمِ الْمُطْلَقَةِ عَلَى الْمُورَخَةِ ، وهو ضَعِيفٌ ،
بل الْأَوَّلَى تَقْدِيمُ الْمُورَخَةِ . انتهى . ويأتي ذلك في بابِ الدَّعَاوَى مُحَرَّرًا . فَإِنْ
كَانَ اللَّيْقِطُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَهَلْ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ
فِي دَعْوَى الْمَالِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالْخَارِجِ . وقال في « الْفُرُوعِ » :
يُقَدَّمُ رَبُّ الْيَدِ مَعَ بَيِّنَةٍ ، وَفِي يَمِينِهِ وَجْهَانِ .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ : بلا نزاع . لكن هل يخلف
معها ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ ^(٢) أَحَدُهُمَا ، لَا
يُخْلَفُ . وهو ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . واختاره ابنُ عَقِيلٍ ، والقاضي ، وقال :
هو قياسُ المذهب^(٣) . وقدمه ابنُ رزِين في « شَرْحِهِ » . والوجهُ الثَّانِي ، يُخْلَفُ .
قاله أبو الخطاب ، ونصره الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قال الحارثي : وهو الصَّحِيحُ .

(١) تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا يَدٌ فَوَصَفَهُ
أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ ،
المقنع

٢٥٣٧ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا) فَيُسَلَّمُ
إِلَى مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ مَعَ يَمِينِهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لَا تُشْرَعُ الْيَمِينُ هُنَا ،
وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ .
الشرح الكبير

٢٥٣٨ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا يَدٌ فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ)
نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ . أَوْ : بِجَسَدِهِ عِلَامَةٌ . فَيُقَدِّمُ بِذَلِكَ . ذَكَرَهُ

فائدة : قَوْلُهُ : فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ ، سُلِّمَ إِلَيْهِ مَعَ
يَمِينِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَقَالَ :
وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي لَا تُشْرَعُ الْيَمِينُ هُنَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » .
الإنصاف

فائدة : لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْهُ قَهْرًا ، وَسَأَلَ الْحَاكِمَ يَمِينَهُ ، قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ إِخْلَافُهُ . وَقَالَ فِي « الْمُتَنَخَّبِ » : لَا يَخْلِفُ ؛ كَطَّلَاقِ ادَّعَى
عَلَى الزَّوْجِ .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا يَدٌ ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا - يَعْنِي ، بِعِلَامَةٍ مَسْتُورَةٍ فِي
جَسَدِهِ - قُدِّمَ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالتَّسْعِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُنْبَهَجِ » ،

وَالْأَسْلَمَةُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . المقتع

أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا يُقدَّم بالصفة ، كما لو وصف المدعى المدعى ، فإن دَعَوَاهُ لا تُقدَّم بذلك . ولنا ، أن هذا نوع من اللقطة ، فقدم بوصفها ، كلقطة المال ، ولأن ذلك يدل على قوة يده ، فكان مقدما بها . وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها ؛ لأن اللقيط لقطة . وإن لم يصفه أحدهما ، فقال القاضي ، وأبو الخطاب : يُسلمه الحاكم إلى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لأنه لا حق لهما . قال شيخنا^(١) : والأولى أن يُقرع بينهما ، كما لو كان في أيديهما ؛ لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما ، أشبه ما لو تنازعا ودِعة عند [٢٠٢/٥ و] غيرهما .

و « الْمُتَخَبِّ » ، و « الرَّسِيلَةَ » أنه لا يُقدَّم واصفه . وذكره في « الفنون » ، و « عُيُونُ الْمَسَائِلِ » عن أصحابنا ، وإليه مثل الحارثي ؛ فإنه نظر على تغليل الأصحاب .

فائدة : لو وصفاه جميعا ، أقرع بينهما . قاله في « التلخيص » ، واقتصر عليه الحارثي .

قوله : وَالْأَسْلَمَةُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . يعني ، إذا لم يكن في أيديهما ، ولا في يد واحد منهما ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، ولا وصفاه . ولا أحدهما . وهذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . قال الحارثي : قال

(١) في: المغني ٨/٣٦٦ .

فَصْلٌ : وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدَيْتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدَيْتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ)
 إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَارِثًا . وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ . وَإِنَّمَا يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ خُوُّوْا
 كُلَّ مَالٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَلَأَنَّهُمْ يَرِثُونَ مَالَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَ اللَّقِيطِ ،
 فَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ
 شُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ^(١) : عَلَيْهِ الْوِلَاءُ لِمُلْتَقِطِهِ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُ ، لِأَنِّي جَمِيلَةٌ فِي لَقِيطِهِ : هُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ^(٢) . وَلِمَا رَوَى وَائِلَةُ
 ابْنِ الْأَسْقَعِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحْزُو ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛

الْأَصْحَابُ ، وَالْمُصَنَّفُ هُنَا : يُسَلِّمُهُ الْقَاضِي إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا .
 قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : قَالَ الْقَاضِي ، وَالْأَكْثَرُونَ : لَا حَقٌّ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ ، وَيُعْطِيهِ
 الْحَاكِمُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . انْتَهَى . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ
 بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْمُصَنَّفُ : الْأَوَّلَى
 أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا .

فائدة : مَنْ أَشْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ ، سَقَطَ .

قوله : وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدَيْتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، أَنَّ بَعْضَ
 شُيُوخِهِ حَكَى رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْمُلتَقِطَ يَرِثُهُ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،
 وَنَصَرَهُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِيحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ .

(١) بعده في حاشية الأصل : « والليت » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٧٩ .

عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ ^(١) . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرِمِذِيُّ ^(٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا
الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٣) . وَلِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ رِقٌّ ، وَلَا عَلَى آبَائِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ
عَلَيْهِ وَلَا ، كَمَعْرُوفِ النَّسَبِ . وَلِأَنَّهُ لَا وَلَاً عَلَيْهِ إِنْ كَانَ ابْنُ حُرَيْنٍ ،
وَإِنْ كَانَ ابْنُ مُعْتَقَيْنِ ، فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ وَلَاٌ لغيرِ مُعْتَقِيهِمَا . وَحَدِيثُ وَائِلَةَ
لَا يَثْبُتُ . قَالَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ فِي خَبَرِ عُمَرَ : أَبُو جَمِيلَةَ رَجُلٌ مَجْهُولٌ ،
لَا تَقُومُ بِحَدِيثِهِ حُجَّةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنَى
بِقَوْلِهِ : لَكَ وَلَاؤُهُ . وَلِأَيَّةِ الْقِيَامِ بِهِ وَجَفْظِهِ . وَلِذَلِكَ ذَكَرَهُ عَقِيبَ قَوْلِ
عَرِيفِهِ : إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . وَهَذَا يَفْتَضِي تَقْوِيضَ الْوَلَايَةِ إِلَيْهِ ؛ لَكُونِهِ مَأْمُونًا
عَلَيْهِ ، دُونَ الْمِيرَاثِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَحُكْمُ اللَّقِيطِ فِي الْمِيرَاثِ حُكْمُ مَنْ
عُرِفَ نَسَبُهُ وَانْقَرَضَ أَهْلُهُ ، يُدْفَعُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ ، فَإِنْ
كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ فَلَهَا الرُّبْعُ ، وَالباقى لِبَيْتِ الْمَالِ ، كَمَنْ عُرِفَ نَسَبُهُ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ . فَإِنْ قُتِلَ خَطَأً فَالْدِّيَّةُ لِبَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْمِيرَاثِ ،
وَهُوَ لِبَيْتِ الْمَالِ ، فَكَذَلِكَ الدِّيَّةُ .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ ابْنِ الْمَلَاعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١١٣/٢ . وَالتِّرِمِذِيُّ ،
فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَرِثُ النِّسَاءَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٦٧/٨ .
كَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ تَحْمُوزُ ثَلَاثِ مَوَارِيثَ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٩١٦/٢ .
وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .
(٢) تَقْدِمَ تَحْرِيجِهِ فِي ٢٣٤/١١ .

وَأِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ^(١) ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ . وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يَنْفَقُ عَلَيْهِ .

٢٥٣٩ - مسألة : (وَإِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ) أَيْ ذَلِكَ فَعَلَ جَازٍ إِذَا رَأَاهُ أَصْلَحَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّرِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يُخَيِّرُهُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمُصَالَحَةِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(٢) . وَمَتَى عَفَا عَلَى مَالٍ أَوْ صَالَحَ عَلَيْهِ ، كَانَ لَبِيتِ الْمَالِ ، كَجِنَايَةِ الْخَطَا الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ .

٢٥٤٠ - مسألة : (وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يَنْفَقُ عَلَيْهِ) إِذَا جُنِيَ عَلَى

قوله : وَإِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ؛ إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ . الإِنْصَافُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقُطِعَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهِ ، وَذَكَرَ فِي « التَّلْخِصِ » وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ حَقُّ الْاِقْتِصَاصِ ، وَأَنَّ أَبَا الْخَطَّابِ خَرَّجَهُ ، قَالَ : وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَاِرْثٌ مُعَيَّنٌ ، فَالْمُسْتَحَقُّ جَمِيعُ الْمُسْلِمِينَ ، وَفِيهِمْ صِبْيَانٌ وَمَجَانِينٌ ، فَكَيْفَ يُسْتَوْفَى ؟ قَالَ : وَهَذَا يَجْرِي فِي قَتْلِ كُلِّ مَنْ لَا وَاِرْثَ لَهُ . انتهى . قوله : وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ [٢٣٥/٢ ظ] . يَغْنَى ، مَعَ رُشْدِهِ . هَذَا

(١) فِي حَاشِيَةِ الْمَحْطُوطَةِ : « وَإِنْ شَاءَ عَفَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْوَلِيِّ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٨١/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِالْوَلِيِّ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَدِيِّ ١٣/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِالْوَلِيِّ =

اللَّقِيطِ جَنَائِيَّةً [٢٠٢/٥ ط] فيما دُونَ النَّفْسِ تُوَجِبُ الْمَالَ ، قَبْلَ بُلُوغِهِ ، فَلَوْلَايِهِ أَخَذَ الْأَرْضَ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ وَلَهُ مَالٌ يَكْفِيهِ ، وَقَفَ الْأَمْرُ عَلَى بُلُوغِهِ لِيَقْتَصَّ أَوْ يَعْفُو ، سَوَاءً كَانَ عَاقِلًا أَوْ مَعْتُوهاً . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَكَانَ عَاقِلًا . وَإِنْ كَانَ مَعْتُوهاً ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوَةَ لَيْسَتْ لَهُ حَالٌ مَعْلُومَةٌ تُنْتَظَرُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَدُومُ بِهِ ، بِخِلَافِ الْعَاقِلِ ، فَإِنَّ لَهُ حَالَةً تُنْتَظَرُ . وَيُخْبَسُ الْجَانِي فِي الْحَالِ الَّتِي يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ حَتَّى يَبْلُغَ وَيَسْتَوْفِيَ لِنَفْسِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ قَبْلَ بُلُوغِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ؛ كَالنَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحْتَمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَفَ عَلَى مَنْ هُوَ لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ بِالْعَاقِلِ غَائِبًا . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، بَلْ هُوَ لِوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ الْمُتَوَلَّى لَهُ .

المذهب . قال الحارثي : هَذَا الصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَالْأَشْهُرُ ، يُنْتَظَرُ رُشْدُهُ ، إِذَا قُطِعَ طَرَفُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَالْمَذْهَبُ ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الشَّرْحِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ
مَنْصُورٍ . قَالَ فِي « الْفَاتِي » : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ الْمُخْتَارُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَاتِي » .

= من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

فصل : إِذَا جَنَى اللَّقِيطُ جَنَايَةَ تَحْمِيلُهَا الْعَاقِلَةَ ، فَهِيَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُ ، وَتَفَقَّهَتْ عَلَيْهِ . وَإِنْ جَنَى جَنَايَةَ لَا تَحْمِيلُهَا الْعَاقِلَةَ ، فَحُكْمُهُ فِيهَا حُكْمُ غَيْرِ اللَّقِيطِ ؛ إِنْ كَانَتْ تُوجِبُ الْقِصَاصَ وَهُوَ بِالْبَالِغِ عَاقِلٌ ، أَقْتَصَّ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ وَلَهُ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَإِلَّا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يُوسِرَ . وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحَصَّنًا ، حُدَّ ثَمَانِينَ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ .

قوله : إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَا لَا يَنْفَقُ عَلَيْهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، «وغيرهم من الأصحاب» . فَعَلِيَ هَذَا ، يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ فِعْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ رِعَايَةَ الْأَصْلَحِ ، وَالتَّعْجِيلُ هُنَا . هُوَ الْأَصْلَحُ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ فِي «شَرْحِهِ» . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، وَلَا يَجِبُ .

تبيينه : دَخَلَ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : انْتِظِرْ بُلُوغَهُ . أَنَّهُ لَوْ كَانَ فَقِيرًا عَاقِلًا ، فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَا لَا يَنْفَقُ عَلَيْهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مُقَطَّعٌ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَغيرهم . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الشَّرْحِ» هُنَا ، وَ«الْفُصُولِ» ، وَ«الْمُعْنَى» هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لِلْإِمَامِ ذَلِكَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، فِي بَابِ الْقَوْدِ ، عِنْدَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : إِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي الْقَتْلِ : هَذَا أَصَحُّ . وَكَذَا قَالَ فِي «الْكَافِي» ، فِي بَابِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ . وَصَحَّحَهُ فِي «الشَّرْحِ» ، فِي بَابِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ . وَحَكَاهُ الْمَجْدُّ عَنْ نَصِّ أَحْمَدَ . وَفِي بَعْضِ نُسَخِ «الْمُقْتَعِ» .

وإن ادَّعى الجاني عليه أو قاذفه رِقَّةً ، وَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ .

الشرح الكبير

٢٥٤١ - مسألة : (وإن ادَّعى الجاني عليه أو قاذفه رِقَّةً ، وَكَذَّبَهُ
اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ) إذا قَذَفَ اللَّقِيطُ قَاذِفٌ ، وهو
مُحْصَنٌ ، فعليه الحَدُّ ، فإن ادَّعى القاذِفُ رِقَّةً ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ

الإنصاف

هنا : إلا أن : يكونَ فقيرًا أو مجنونًا . ب « أو » ، لا ب « الواو » . وقد قال
المُصَنِّفُ ، في هذا الكتابِ ، في بابِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ : فإن كانا مُحتَاجينِ إلى
التَّفَقُّعِ ، يعني وكذا الصَّيْبِ ، والمَجْنُونِ ، فهل لَوَئِهُمَا الْعَفْوُ عَنِ الدَّيَّةِ ؟ يَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ . وكذا أبو الخَطَّابِ ، في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، وغيرُهم هناك . وأُطْلِقَهما أيضًا في « الْفُرُوعِ » ،
و « الرَّعَايَةِ » . ودَخَلَ أيضًا في عُمُومِ كَلَامِهِ ، لو كانَ مَجْنُونًا غَنِيًّا ، فليس للإمامِ
الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ، بل تُنْتَظَرُ إِفَاقَتُهُ . وهو المذهبُ . قال الحارثِيُّ : هذا المذهبُ . وقطعَ
به في « الشَّرْحِ » . وذكرَ في « التَّلْخِيسِ » وَجْهًا ، للإمامِ ذلك . وجزَمَ به في
« الْفُصُولِ » ، و « الْمُعْنَى » ، وهو ظاهرُ كَلَامِهِ في « الْوَجِيزِ » . وأُطْلِقَهما في
« الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَةِ » .

تنبيه : حيث قلنا : يُنْتَظَرُ الْبُلُوغُ أَوْ الْعَقْلُ . فإن الجاني يُخْبَسُ إلى أوانِ الْبُلُوغِ
وَالْإِفَاقَةِ ، وحيث قلنا بالتَّعْجِيلِ وَأَخْذِ الْمَالِ ، لو طَلَبَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ وَعَقْلِهِ
الْقِصَاصَ ، وَرَدَّ الْمَالِ ، لم يَجِبْ . ذكرَه في « التَّلْخِيسِ » وغيره ، وفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الشُّفْعَةِ .

قوله : وإن ادَّعى الجاني عليه أو قاذفه رِقَّةً ، فَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُ اللَّقِيطِ . وهو المذهبُ . قال الحارثِيُّ : هذا المذهبُ . وجزَمَ به في « الْوَجِيزِ »

الْحَدُّ ؛ لِإِفْرَارِ الْمُسْتَحِقِّ بِسُقُوطِهِ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ فَصَدَّقَهُ ، وَجَبَ عَلَى الْقَاضِيِ التَّعْزِيرُ ؛ لَقَدْغِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُخَصَّنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ قَاضِيًا . وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي رِقَّهُ وَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ وَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ ، أَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْقَاضِيِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةُ قَوْلِهِ ، بِأَنْ يَكُونَ ابْنُ أُمَةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِالشُّبْهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ [٢٠٣/٥] لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ وَأُخِذَ بِدَلِّهِ ، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْقَذْفَ حَقٌّ لَادِمِيٍّ . فَهُوَ كَالْقِصَاصِ . وَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَاضِيًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مَنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَاضِيِهِ بِاحْتِمَالِ رِقِّهِ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ لِهَذَا الْإِحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَاضِيُ رِقَّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُوجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، الإنصاف و « الفائق » ، وغيرهم . ويحتمل أن القول قول القاضى . قاله المصنف . قال الحارثي : وذكر صاحب « المحرر » ، في قل من لا يعرف إذا ادعى رقه ، وجها ،

(١) في : المعنى ٣٥٤/٨ .

وإن ادَّعى إنسان أنه مملوكه ، لم يُقبل إلا ببيّنة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ، ويَحْتَمِلُ ألا يُعْتَبَرَ قولها في ملكه .

الشرح الكبير

٢٥٤٢ - مسألة : (وإن ادَّعى إنسان أنه مملوكه ، لم يُقبل إلا ببيّنة تشهد أن أمته ولدته في ملكه . ويَحْتَمِلُ ألا يُعْتَبَرَ قولها في ملكه) وجملة ذلك ، أنه إذا ادَّعى رِقُّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لأنها مُمَكِّنَةٌ ، وإن كانت مُخَالِفَةً لظَاهِرِ الدَّارِ . فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فلا شيء له ؛ لأنها دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ . وتُفَارِقُ دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أن دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، ودَعْوَى الرِّقِّ تُخَالِفُهُ . الثاني ، أن

الإِنصاف

أن الْقَوْلَ قَوْلُهُ . وعن القاضي ، في كتاب « الْخِصَالِ » ، أنه جَزَمَ به ؛ لأنَّ الرِّقَّ مُحْتَمِلٌ ، والأَصْلُ الْبَرَاءَةُ . وذكر صاحبُ « الْمُحَرَّرِ » ، في قَدْفٍ مَنْ لَا يُعْرَفُ إِذَا ادَّعى رِقُّهُ ، رواية بقبول قوله ؛ لأنَّ احْتِمَالَ الرِّقِّ شُبْهَةٌ ، والْحَدِيثُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، والأَصْلُ الْبَرَاءَةُ .

فائدة : لو كان اللَّقِيطُ مُمَيَّزًا ، يَطْلَأُ مِثْلُهُ ، وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى قَاضِيهِ . على الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَخُرَجَ وَجْهٌ بِانْتِفَاءِ الْوُجُوبِ ، وَقِيلَ : هُوَ رِوَايَةٌ . فعلى الْمَذْهَبِ ، يُشْتَرَطُ لِإِقَامَتِهِ الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْمُطَالَبَةُ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ بَابِ الْقَدْفِ .

قوله : وإن ادَّعى إنسان أنه مملوكه ، لم يُقبل إلا ببيّنة تشهد أن أمته ولدته في ملكه . إذا ادَّعى إنسان أنه مملوكه ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون له بَيِّنَةٌ ، أو لا ، فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون في يده ، أو لا ، فإن لم يَكُنْ في يده ، فلا شيء له . وإن كان في يده ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون المَلَقِيطُ أو غيره ، فإن

دَعَوَى النَّسَبِ يُثَبِّتُ بِهَا حَقًّا لِلْقَيْطِ ، وَدَعَوَى الرِّقِّ يُثَبِّتُ بِهَا حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُحَرَّرِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رِقًّا غَيْرَ اللَّقَيْطِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَشَهِدَتْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ يُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قُبِلَ فِيهِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَامْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرُّجَالُ . وَمَتَى شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُلْتَقِطِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّا عَرَفْنَا سَبَبَ يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمِلْكِ . وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ ، فَقَالَتْ : نَشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ - أَوْ - مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ؛ وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمِلْكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِ دَارٍ أَوْ ثَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ لَا تَلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا يَلِدُهَا . وَإِنْ تَشْهَدُ أَنَّهُ ابْنُ أُمِّتِهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اخْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْمِلْكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا : فِي مِلْكِهِ . لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَتَمَازُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمَنِهَا . وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَلِدَهُ قَبْلَ مِلْكِهِ إِيَّاهَا ، فَلَا يَكُونُ لَهُ [٢٠٣/٥ ط] وَهُوَ ابْنُ أُمِّتِهِ .

كَانَ الْمُتَقِطُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ أَيْضًا . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الْمُتَقِطِ ، صُدِّقَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ ؛ لِلدَّلَالَةِ عَلَى يَدِهِ عَلَى الْمِلْكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمَغْنِيِّ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَجُوبُ يَمِينِهِ . وَهُوَ الصُّوَابُ ؛ لِإِمْتِنَانِ عَدَمِ الْمِلْكِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ يَمِينٍ تَزِيلُ أَثَرَهُ ذَلِكَ ، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ ، وَقَالَ : أَنَا حُرٌّ . لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَشْهَدَ يَدُهُ ، أَوْ بِمِلْكِهِ ، أَوْ بِسَبَبِ مِلْكِهِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ يَدُهُ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى بَعْدَ بُلُوغِ اللَّقِيطِ ، كُفِّفَ إِجَابَتَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعَى ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بِبَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ ، نَقِضَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَهُ «بِأَنَّهُ» بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ .

الْمُنْقَطِعُ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمِلْكِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي أَيْضًا ؛ لِذِلَالَةِ الْيَدِ عَلَى الْمِلْكِ ، زَادَ الْقَاضِي ، وَأَنَّهُ ضَلَّ عَنْهُ ، أَوْ ذَهَبَ ، أَوْ غَضِبَ . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، فَعِنْدَ الْأَصْحَابِ ، هُوَ لَهُ . وَإِنْ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : [٢٣٦/٢] فِي مِلْكِهِ . فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ ، أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَصَحَّحَهُ النَّاطِلُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «مُنْتَحَبِ الْأَدْمِيِّ» . وَقَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي أَثْنَاءِ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ قَوْلُ الْبَيِّنَةِ : فِي مِلْكِهِ . بَلْ يَكْفِي الشَّهَادَةُ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ مِلْكُهُ ، أَوْ مَمْلُوكُهُ ، أَوْ عَبْدُهُ ، أَوْ رَقِيقُهُ ، ثَبَتَ مِلْكُهُ بِذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الْكَافِي» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ «الْمُحَرَّرِ» ، وَغَيْرُهُمْ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَأَيْ الْخُطَابِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَصَاحِبِ «الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَغَيْرِهِمْ ؛

وَأِنْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَعَنْهُ ، يُقْبَلُ . وَقَالَ الْقَاضِي : ^{المقنع}
يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ [١٥٢] وَهَلْ يُقْبَلُ فِي غَيْرِهِ ؟ عَلَى
رَوَاتَيْنِ .

٢٥٤٣ - مسألة : (وَإِنْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَعَنْهُ ،
يُقْبَلُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَهَلْ يُقْبَلُ فِي
غَيْرِهِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ) إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ رَقًّا اللَّقِيطِ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَصَدَّقَهُ ،
وَكَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ لِنَفْسِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ

لَا حَيْثُ الْتَقْوِيلِ عَلَى ظَاهِرِ الْيَدِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ
ثَالِثٌ ، بَأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ مِنَ الْمُتَّقِطِ ، وَتُسْمَعُ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ تَعْوِيلِهَا عَلَى
يَدِ الْمُتَّقِطِ ، وَيَدُهُ لَا تُقْبَلُ الْمِلْكُ . اخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .

فائدة : قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : إِنْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالْمِلْكِ ، أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ يُقْبَلْ
إِلَّا رَجُلَانِ ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ^(٢) ، قَبِلَ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ ، أَوْ
رَجُلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرُّجَالُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدَانِ ،
وَشَاهِدٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ النِّسَاءُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ .

قوله : وَإِنْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . إِذَا أَقْرَبَ اللَّقِيطُ بِالرَّقِّ بَعْدَ الْبُلُوغِ ،
فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَتَقَدَّمَ تَصَرُّفٌ ، أَوْ إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمَ إِقْرَارُهُ
تَصَرُّفٌ وَلَا إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ ، بَلْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ ؛ جَوَابًا أَوْ ابْتِدَاءً ، وَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ ،
فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ

(١) المغنى ٣٨٤/أ

(٢) في النسخ : « بالولاء » والتبث من المغنى .

اعترف بالحرية ، وهي حق لله تعالى ، فلا يُقبل رُجوعه في إنطالها . وإن لم يكن اعترف بالحرية ، احتمل وجهين ؛ أحدهما ، يُقبل . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه مجهول الحال ، أقر بالرق ، فقبل ، كما لو قدم رجلان من دار الحرب ، فأقر أحدهما بالآخر بالرق ، وكما إقراره بالحد والقصاص في نفسه ، فإنه يُقبل وإن تضمن قِوات نفسه . ويحتمل أن لا يُقبل . قال شيخنا^(١) : وهو الصحيح ؛ لأنه ينطّل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح ، كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ، ولأن الطفل المبتوذ لا يعلم رِق نفسه ولا حرّيتها ، ولم يتجدّد له حال يعرف به رِق نفسه ؛ لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ، ولم يتجدّد له رِق بعد التقاطه ، فكان إقراره باطلاً . وهذا قول ابن القاسم ، وابن المنذر . وللشافعي

في « المعنى » ، وحكاة القاضي وخها . وقطع صاحب « المحرر » بأنه يُقبل قوله . واختاره في « التلخيص » ، ومال إليه الحارثي ، وقدمه ابن رزين في « شرحه » . وأطلقهما في « الشرح » . وإن تقدم إقراره بالرق تصرف ببيع ، أو شراء ، أو نكاح ، أو إضداق ونحوه ، فهذا لا يُقبل إقراره بالرق . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأكثر . وقدمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، يُقبل . اختاره ابن عقيل في « التذكرة » . وقال القاضي : يُقبل فيما عليه . رواية واحدة . وهل يُقبل في غيره ؟ على روايتين . قال الحارثي : وحكى أبو الخطاب في « كتابه » ، والسامري عن القاضي ، اختصاص الروايتين بما تضمن حقا له ، أمّا ما تضمن حقا

(١) في : المعنى ٣٨٥/٨ .

الشرح الكبير

وَجِهَانٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . صَارَتْ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْعَبِيدِ فِيمَا عَلَيْهِ خَاصَّةً . وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ الْقَاضِي . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمُزْنِيُّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ مَا يُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ وَحَقًّا لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَا لَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ ، وَلِيَّ عِنْدَهُ رَهْنٌ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْجَمِيعِ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَا عَلَيْهِ ، فَيَثْبُتُ مَا لَهُ ، كَالْبَيِّنَةِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ تَبِعَ لِلرَّقِّ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ بِقَوْلِهِ ، ثَبَتَ التَّبَعُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ ، ثَبَتَتْ ، وَثَبَتَ النَّسَبُ تَبَعًا لَهَا .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ ابْتِدَاءً لِإِنْسَانٍ ، فَصَدَّقَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقْرَبَهُ جَوَابًا ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، بَطُلَ إِقْرَارُهُ . فَإِنْ أَقْرَبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، جَازَ . [٢٠٤/٥] وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يُسْمَعَ إِقْرَارُهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ يَتَضَمَّنُ الْإِعْتِرَافَ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ سِوَى الْمُقَرَّرِّ لَهُ ، فَإِذَا بَطُلَ إِقْرَارُهُ بَرَدَ الْمُقَرَّرُّ لَهُ ، بَقِيَ الْإِعْتِرَافُ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ

عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . قَالَ : وَحَكَاهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا مُطْلَقًا عَنْهُ . وَإِنْ تَقَدَّمَ إِقْرَارُهُ بِالْحُرِّيَّةِ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ ، لَمْ يُقْبَلْ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَلَوْ أَقْرَبَ بِالرَّقِّ لَزِيدٍ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، بَطُلَ إِقْرَارُهُ ، ثُمَّ إِنْ أَقْرَبَ لَعَمْرُو ، وَقُلْنَا بِقَبُولِ الْإِقْرَارِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، فَفِي قَبُولِهِ لَهُ ^(١) وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ ، وَ « الْفُرُوع » ، وَذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَغَيْرُهُ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ .

(١) سقط من : الأصل .

بما نَفَاهُ ، كما لو أَقَرَّ بالْحُرِّيَّةِ ثم أَقَرَّ بعد ذلك بالرِّقِّ . ولنا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لم يَقْبَلْهُ الْمُقَرَّرُ ، فلم يَمْنَعْ إِقْرَارُهُ ثَانِيًا ، كما لو أَقَرَّ لَهُ بِتَوْبٍ ثم أَقَرَّ بِهِ لِآخَرٍ بعد رَدِّ الْأَوَّلِ ، وفَارَقَ الْإِقْرَارَ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَإِنَّ الْإِقْرَارَ بِهَا لم يَنْطُلْ ولم يُرَدِّ .

فصل : فإذا قَبِلْنَا إِقْرَارَهُ بِالرِّقِّ بعد نِكَاحِهِ ، وهو ذَكَرٌ ، وكان قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَسَدَ النِّكَاحُ فِي حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهِ ، ولها عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فلم يَنْسَقُطْ بِقَوْلِهِ . وَإِنْ كَانَ بعدَ الدُّخُولِ ، فَسَدَ نِكَاحُهُ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ كُلُّهُ ؛ لِإِذَا ذَكَرْنَا ، لِأَنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أَقَرَّ بِهِ قَبْلَ ، وَلَدَهُ حُرٌّ تَابِعٌ لِأُمِّهِ . وَإِنْ كَانَ مُتَزَوِّجًا بِأَمَةٍ فَوَلَدَهُ لِسَيِّدِهَا وَيَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَاتِهِ ، يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ كَسْبٌ ، اسْتَوْفَى الْمَهْرَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ إِقْرَارُهُ بِهِ لِسَيِّدِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَمْرَاتِهِ ، وَلَا يَنْقَطِعُ حَقُّهَا مِنْهُ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ . فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ؛ لَكَوْنُهُ تَزَوُّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ إِنْ لم يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى ، خُمْسَاهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ أَتَى ، وَقُلْنَا : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ خَاصَّةً . فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ فِي حَقِّهِ . فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِإِقْرَارِهَا بِفَسَادِ نِكَاحِهَا ، وَأَنَّهَا أَمَةٌ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ فِيهِ إِلَّا بِالدُّخُولِ . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، لم يَنْسَقُطْ مَهْرُهَا ، وَلِسَيِّدِهَا

الأقل ؛ من المسمى أو مهر المثل ؛ لأن المسمى إن كان أقل ، فالزوج يُنكر وجوب الزيادة عليه ، وقولها غير مقبول في حقه . وإن كان الأقل مهر المثل ، فهي وسيدها يُقرآن بفساد النكاح ، وأن الواجب مهر المثل ، فلا يجب أكثر منه ، إلا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد ، فيجب [٢٠٤/٥ ط] ههنا قل أو كثر ؛ لإقرار الزوج بوجوبه . وأما الأولاد ، فأحرار ، لا تجب قيمتهم ؛ لأنها لو وجبت لوجب بقولها ، ولا يجب بقولها حق على غيرها ، ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها . فأما بقاء النكاح ، فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها . وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن ؛ لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه ، لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها ؛ لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر في استدامة العقد ، إنما تعتبر في ابتدائه . فإن قيل : فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل ، وفيه ضرر على الزوج . قلنا : لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه ، فأما الحكم في المستقبل ، فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها ، بأن يطلقها ، فلا يلزمه ما لم يدخل عليه ، أو يقيم على نكاحها ، فلا يسقط حق سيدها . فإن طلقها اعتدت عدة الحر ؛ لأن عدة الطلاق حق للزوج ، بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول ، وسببها النكاح السابق ، فلا يقبل قولها في تنقيصها ، وإن مات ، اعتدت عدة الأمة ؛ لأن المقلب فيها حق الله تعالى ،

بذليل وجوبها قبل الدُّخُول ، فقبل قولها فيها . وإن قلنا بقبول قولها في جميع الأحكام ، فهي أمة تزوجت بغير إذن سيدها ، فيكأحها فاسدٌ ، ويُفَرِّقُ بينهما ، ولا مهرَ لها إن كان قبل الدُّخُول . وإن كان دخل بها ، وجب لها مهرُ أمةٍ تزوجت بغير إذن سيدها ، على ما ذكر في موضعه . وهل يجب مهرُ المثل أو المُسَمَّى ؟ فيه روايتان . وتعتدُّ حيضتين ؛ لأنه وطءٌ في نكاح فاسدٍ . وأولاده أحرارٌ ؛ لا اعتقاده حرَّيتها ، فهو مغرورٌ ، وعليه قيمتهم يوم الوُضْع . وإن مات فليس عليها عِدَّة الوفاة .

فصل : فإن كان قد تصرفَ ببيعٍ أو شراءٍ ، فتصرفه صحيحٌ ، وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدَّى ممَّا في يده ، وما بقى ففى ذِمَّتِهِ ؛ لأنَّ معاملته لا يُقرُّ برقه . وإن قلنا بقبول إقراره في جميع الأحكام ، فسدتْ عُقُودُهُ كُلُّهَا ، ووجب ردُّ الأغنياء إلى أربابها إن كانت باقيةً ، وإن كانت تالفةً وجبت قيمتها في رقبته أو في ذِمَّتِهِ ، على ما ذكرنا [٢٠٥/٥] في استبدان العبد ؛ لأنه ثبت برضا صاحبه .

فصل : فإن كان قد جنى جنابةً موجبةً للقصاص ، فعليه القودُ ، حرًّا كان المَجْنِيُّ عليه أو عبدًا ؛ لأنَّ إقراره بالرقِّ يقتضى وجوب القودِ عليه ، فيما إذا كان المَجْنِيُّ عليه عبدًا أو حرًّا ، فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجنابة خطأ ، تعلق أَرشُها برقبته ؛ لأنَّ ذلك مُضِرٌّ به ، فإن كان أَرشُها أكثرَ من قيمته ، وكان في يده مالٌ ، استوفى منه . وإن كان ممَّا تحمله العاقلة ، لم يُقبل قوله في إسقاط الزيادة ؛ لأنَّ ذلك يضرُّ بالمَجْنِيُّ عليه ، فلا يُقبل

وَأَنَّ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ .
وَقِيلَ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ .

قَوْلُهُ فِيهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ الزِّيَادَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ وَاجِبًا لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوْدِ ، وَكَانَ الْجَانِي حُرًّا ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُ بِالْعَبْدِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ بِمَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ تَقِلُّ بِالرِّقِّ ، وَجِبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مُسَاوِيًا لِلْوَاجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجِبَ ، وَيَذْفَعُ الْوَاجِبَ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ يَكْثُرُ ؛ لَكَوْنِ قِيَمَتِهِ عَبْدًا أَكْثَرَ مِنْ دِيْنَتِهِ حُرًّا ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ . وَجِبَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ إِذَا كَانَ حُرًّا ، سَقَطَ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالرِّقِّ يَتَضَمَّنُ إِقْرَارَهُ بِالسَّقُوطِ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وَقِيلَ : لَا يَتَحَوَّلُ عَنِ الْعَاقِلَةِ . وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . يُوجِبُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِي . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٥٤٤ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . وَقِيلَ : يُقْبَلُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِالْإِسْلَامِ اللَّقِيبِ ، إِنَّمَا ذَلِكَ

قوله : وَإِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . إِذَا بَلَغَ اللَّقِيبُ الْإِنصَافِ سِنًا يَصِحُّ مِنْهُ الْإِسْلَامُ وَالرَّدُّ فِيهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِ الرَّدِّ ، فَتَنطَقُ بِالْإِسْلَامِ ،

ظاهرًا لا يقيِّنا ؛ لاحتِمالِ أن يكونَ وَلَدَ كَافِرَيْنِ ، ولهذا لو أقامَ كَافِرٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ ، حَكَمْنَا لَهُ بِهِ . وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ . وَمَتَى بَلَغَ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرِدُّهُ فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ ، فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سَوَاءَ كَانَ مِنْ حُكْمٍ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفْرِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالْكَفْرِ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْكَارٌ بَعْدَ إِقْرَارِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ ، [٢٠٥/٥ ط] كَثِيرُهُ . وَإِنْ وَصَفَ الْكَفْرَ وَهُوَ مِنْ حُكْمٍ بِإِسْلَامِهِ بِالذَّارِ ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الذَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجِدَ عَرِيًّا عَنِ الْمَعَارِضِ ، فَتَبَتَ حُكْمُهُ وَاسْتَقَرَّ ، فَلَا يَجُوزُ

فَهُوَ مُسْلِمٌ ، ثُمَّ إِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . فَهُوَ مُرْتَدٌّ ، بَلَا زِعَاعَ . وَإِنْ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلذَّارِ ، وَبَلَغَ ، وَقَالَ : إِنِّي كَافِرٌ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنَّفِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرُّ ، عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، قَالَ : إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ . قَالَ الْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ وَجْهٌ بَعِيدٌ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَغَيْرُهُمَا : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا يُقَرُّ عَلَيْهِ بِالْجَزِيَّةِ ، عُقِدَتْ لَهُ الدِّمَةُ ، وَأُقِرَّ فِي الذَّارِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْذِلْهَا ، أَوْ كَانَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ ، أَلْحَقَ بِمَا مَنَهِ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا .

فَصْلٌ : وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ أَوْ لَلْقَيْطُ أَوْ مَيِّتًا .

إِذَا لَمْ يُحْكَمْ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ابْنُ مُسْلِمٍ . وَلَئِنْ قَوْلُهُ لَا دَلَالَةَ فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا بَلَغَ اسْتِثْبَابَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا يُقَرُّ عَلَيْهِ بِالْجَزِيَّةِ ، عُقِدَتْ لَهُ الذَّمَّةُ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، وَوَصَفَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، الْحَقُّ بِمَا مَنِيهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيطُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ ابْنُ حَرْبِيٍّ ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ عَهْدٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِدِهِ ، وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِيهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذَمِّيٍّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمِّيٌّ ، فَلَا يُقَرُّ عَلَى الْإِنْتِقَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ مُسْلِمَيْنِ ، فَيَكُونُ مُسْلِمًا . وَقَدْ قَالَ أَحَدُ ، فِي أُمَةٍ نَصْرَانِيَّةٍ وَلَدَتْ مِنْ فُجُورٍ : وَلَدْتُهَا مُسْلِمٌ ؛ لِأَنَّ أَبَوَيْهِ يَهُودَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا أُمُّهُ . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْوَلَدِ حَالٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَرَّ فِيهَا عَلَى دِينٍ لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، فَكَيْفَ يُرَدُّ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ !

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ أَوْ لَلْقَيْطُ أَوْ مَيِّتًا) وَجَمْلُهُ

قوله : وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ؛ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ؛ رَجُلًا كَانَ

(١) في : المغني ٣٥٢/٨ .

ذلك ، أنه إذا ادَّعى مُدَّعٍ نَسَبَ اللَّقِيطِ ، لم يَحُلْ مِنْ قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يَدَّعيه واحدٌ يَنْفِرُ دُبْعَوْتِهِ ، فإن كان المُدَّعي حُرًّا مُسْلِمًا ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ إذا امْتَكَنَ أن يَكُونَ منه ، بغيرِ خِلَافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لأنَّ الإِفْرَارَ مَحْضُ نَفْعٍ لِلطُّفْلِ لِاتِّصَالِ نَسَبِهِ ، ولا ضَرَرَ عَلَى غَيْرِهِ فِيهِ ، فَقُبِلَ ، كما لو أَقَرَّ له بِمَالٍ . فإن كان المُقَرُّ به مُلْتَقِطُهُ أَقَرَّ فِي يَدِهِ . وإن كان غَيْرَهُ ، فله أن يَتَنَزَّعَ مِنَ الْمُلتَقِطِ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فيكونُ أَحَقُّ بِهِ ، كما لو قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

فصل : فإن كان المُدَّعي عَبْدًا ، ألْحَقَ بِهِ ؛ لأنَّ لِمَالِهِ حُرْمَةً ، فَلَحِقَ بِهِ نَسَبُهُ ، كَالْحُرِّ . وهذا قولُ الشافعيّ ، [٢٠٦/٥] وغيره ، غيرَ أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ لَهُ حَضَانَةٌ ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، ولا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ؛ لأنَّه لَا مَالَ لَهُ ، ولا تَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لأنَّ الطُّفْلَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فعلى

أو امرأة ؛ حَيًّا كان اللَّقِيطُ أو مَيِّتًا . إذا أَقَرَّ به حُرٌّ مُسْلِمٌ ، يُمَكِّنُ كَوْنَهُ مِنْهُ ، لِحَقِّ بِهِ ، بلا نزاعٍ . ونصُّ عليه في رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ ، وإن أَقَرَّ به ذِمِّيٌّ ، ألْحَقَ بِهِ نَسَبًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وهو دَائِلٌ فِي عُمُومِ نَصِّ أَحْمَدَ .^(١) وقيل : لَا يَلْحَقُ بِهِ أَيْضًا فِي النَّسَبِ . ذَكَرَهُ فِي «الرُّعَايَةِ»^(٢) . إذا عَلِمْتَ ذَلِكَ ، فلا يَلْحَقُهُ فِي الدِّينِ ، بلا نزاعٍ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَيَأْتِي حُكْمُ نَفَقَتِهِ فِي التَّنْفِقَاتِ . قال القاضى وغيره : وإذا بَلَغَ ، فوصَفَ الْإِسْلَامَ ، حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا ، وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ ، فَهَلْ يُقَرُّ ؟ فِيهِ [٢٣٦/٢ ط] الْوُجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَلَا يَتَّبِعُ الْكَافِرَ فِي دِينِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ . وَعَنْهُ ،
لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ ذَاتِ زَوْجٍ ، وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ
مَعْرُوفٌ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهَا وَإِلَّا لِحَقٍّ .

هذا ، تكونُ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى ذِمِّيًّا ، لِحَقِّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْعَبْدِ فِي ثُبُوتِ
الْفِرَاشِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ النِّكَاحُ وَالْوَطْءُ فِي الْمِلْكِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يُلْحَقُ
بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقْرَبُ بِنَسَبِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، يُمَكِّنُ
أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَلَيْسَ فِي إِقْرَارِهِ إِضْرَارٌ لغيرِهِ ، فَيَثْبُتُ إِقْرَارُهُ ، كَالْمُسْلِمِ .
٢٥٤٥ - مسألة : (وَلَا يَتَّبِعُ الْكَافِرَ فِي دِينِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدَ
عَلَى فِرَاشِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يَتَّبِعُ الْكَافِرَ فِي النَّسَبِ لَا فِي الدِّينِ ، وَلَا
حَقٌّ لَهُ فِي حَضَانَتِهِ ، وَلَا يُسَلَّمُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ .

قوله : وَلَا يَتَّبِعُ الْكَافِرَ فِي دِينِهِ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ . هذا المذهب .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، وَقِيَاسُ
الْمَذْهَبِ ، لَا يُلْحَقُهُ فِي الدِّينِ ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ وَلَدَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ حَيِّينَ ؛ لِأَنَّ
الطِّفْلَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِإِسْلَامِ أَحَدِ آبَائِهِ ، أَوْ مَوْتِهِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ
الْأَصْحَابُ : إِنْ أَقَامَ الذَّمُّ بَيِّنَةً بِوِلَادَتِهِ عَلَى فِرَاشِهِ ، لِحَقِّهِ فِي الدِّينِ أَيْضًا ؛ لِثُبُوتِ
أَنَّهُ وَلَدَ بَيْنَ ^(١) ذِمِّيَّينَ ، فَكَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَقَيْطًا . وَهَذَا مُقَيَّدٌ بِاسْتِمْرَارِ آبَائِهِ عَلَى الْحَيَاةِ
وَالْكَفْرِ ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ فِي « الْكَافِي » ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَوْ مَاتَ ، أَوْ أَسْلَمَ ، لَحُكِمَ

(١) سقط من : ط ، ١ .

وقال الشافعي ، في أحد قولَيْهِ : يَتَّبِعُهُ فِي دِينِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا لَحِقَ بِهِ بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ بِهِ فِي دِينِهِ ؛ كَالْبَيِّنَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحْكَمٌ بِإِسْلَامِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الذَّمِّ فِي كُفْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، وَلِأَنَّهَا دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمَجَرَّدِهَا ، كَدَعْوَى رِقِّهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَبِعَهُ فِي دِينِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِنَسَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِضْرَارًا بِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ ، كَدَعْوَى الرِّقِّ . أَمَّا مُجَرَّدُ النَّسَبِ بِدُونِ اتِّبَاعِهِ فِي الدِّينِ ، فَمَصْلَحَةٌ عَارِيَّةٌ عَنِ الضَّرَرِ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَلَا يَجُوزُ قَبُولُهُ فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ الضَّرَرِ وَالْخِزْيِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ . فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ لَحِقَ بِهِ نَسَبًا وَدِينًا . كَذَلِكَ ذَكَرَهُ هَهُنَا . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ ابْنُهُ بِبَيِّنَةٍ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ فِي الدِّينِ ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ وَلَدٌ كَافِرَيْنِ حَيَّيْنِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِإِسْلَامِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ أَوْ مَوْتِهِ .

بِإِسْلَامِ الطِّفْلِ ، فَلَا يُدْعَى فِيمَا قَالُوا مِنْ ذَلِكَ . انْتَهَى . وَإِنْ أَقَرَّتْ بِهِ امْرَأَةٌ ، أَلْحَقَ بِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . فَعَلَى هَذَا ، قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا يَسْرَى اللَّحَاقُ إِلَى الزَّوْجِ بِدُونِ تَصَدِيقِهِ ، أَوْ قِيَامِ بَيِّنَةٍ بِوِلَادَتِهِ عَلَى فِرَاشِهِ . وَعَنهُ ، لَا يَلْحَقُ بِامْرَأَةٍ مُزَوَّجَةٍ ^(١) . وَعَنهُ ، لَا يَلْحَقُ بِامْرَأَةٍ لَهَا نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَوْ إِخْوَةٌ . وَقِيلَ : لَا يَلْحَقُ بِامْرَأَةٍ بِحَالٍ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ ، وَحُكَاةُ ابْنِ الْمُثَنِّبِ لِإِجْمَاعًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ وَجْهِ » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المدعى امرأة ، فروى عن أحمد ، أن دعوتها تقبل ، ويلحقها نسبه ؛ لأنها أحد الأبوين ، أشبهت الأب ، ولأنه يمكن كونه منها ، كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ووطء شبهة ، ويلحقها ولدها من الزنى دون الرجل . وقد روى في قصة داود وسليمان ، عليهما السلام ، حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادعت كل واحدة منهما أن الباقي [٢٠٦/٥ ط] ابنها ، فحكم به داود للكبرى ، وحكم به سليمان للصغرى بمجرّد

تنبيه : شمل كلام المصنّف ، لو أقر به عبد ، أنه يلحق به . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : استلحاق العبد كاستلحاق الحر في لحاق النسب ، قاله الأصحاب . انتهى . ولا تجب نفقته عليه ، ولا على سيده ؛ لأنه محكوم بحرّيته ، وتكون نفقته من بيت المال .

تنبيه آخر : شمل قوله : أو امرأة . لو أقرت أمة به . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : والأمة كالحرّة في دعوى النسب ، على ما ذكرنا . قاله الأصحاب ، إلّا أن الولد لا يُحكم برقه بدون بيّنة . حكاها المصنّف ، ونصّ عليه من رواية ابن مُشيش .

فوائد : إحداهما ، المجنون كالطفل ، إذا أمكن أن يكون منه ، وكان مجهول النسب . الثانية ، كل من ثبت لحاقه بالاستلحاق ، لو بلغ وأنكر ، لم يلتفت إليه . قاله الأصحاب . نقله الحارثي . وبأبى حكم الإزث ، في باب الإقرار بمشارك في الميراث ، وكتاب الإقرار . الثالثة ، لو ادعى أجنبيّ نسبه ، ثبت ، مع بقاء ملك سيده ، ولو مع بيّنة بنسبه . قال في « الترغيب » وغيره : إلّا أن يكون مدعيه امرأة ،

الدَّعْوَىٰ مِنْهُمَا^(١) . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فعلى هذه الرواية ، يُلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُلْحَقَهُ نَسَبٌ وَلَدٍ لَمْ يُقَرَّ بِهِ . ولذلك إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يُلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، وَمِنْ أُمِّتِهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ لَهَا نِكَاحُ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ وَطْؤُهَا . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ تَزَوُّجِهَا بِهَذَا الزَّوْجِ ، أُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قَبِلَ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَانَتِهِ عَنِ النَّسَبِ إِلَى كَوْنِهِ وَلَدَ زَنَى ، وَلَا يَحْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبُهُ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي الْإِحَاقِ نَسَبُهُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَرُّقُ الْعَارِ إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قَبِلْنَا دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي حَقًّا لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا مَضَرَّةَ فِيهِ عَلَى أَحَدٍ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْإِحَاقِ النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاهُ ، أَوْ إِلَى أَنَّ أَمْرَآتَهُ وَطِئَتْ

فَثَبَّتُ حُرِّيَّتَهُ ، وَإِنْ كَانَ رَجُلًا عَرَبِيًّا ، فَرِوَايَتَانِ ، وَفِي مُمَيِّزٍ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صِحَّةُ إِسْلَامِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نَعْمَ الْعَبْدُ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٩٨/٤ ، ١٩٤/٨ ، ١٩٥ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٦/٨ ، ٢٠٧ .

الشرح الكبير

بِزْنَى أَوْ شُبْهَةٍ ، وَفِي ذَلِكَ صَرَّرَ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يُلْحَقُ الضَّرَرُ
 بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ ، قُبِلَتْ دَعْوَاهَا ؛ لَعَدَمِ الضَّرَرِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ
 أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً ثَالِثَةً ، نَقَلَهَا الْكُوسَجُ عَنْ
 أَحْمَدَ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَلَا تُصَدَّقُ
 إِلَّا بَيِّنَةً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا أَهْلٌ
 وَنَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ تَخَفْ وَلَا دَتَهَا عَلَيْهِمْ ، وَيَتَضَرَّرُونَ بِالْحَاقِ النَّسَبِ
 بِهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِهِمْ بَوْلَادَتِهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ
 يَكُنْ لَهَا أَهْلٌ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا
 بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .
 قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ النَّسَبَ
 لَا يَثْبُتُ بِدَعْوَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ ، فَلَا يُقْبَلُ
 قَوْلُهَا بِمَجَرَّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ زَوْجُهَا [٢٠٧/٥] طَلَاقَهَا بَوْلَادَتِهَا . وَلَنَا ،
 أَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، أَشْبَهَتْ الْأَبَ ، وَإِمَّا كَانَ الْبَيِّنَةُ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الْقَوْلِ ،
 كَالرَّجُلِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي
 أُمَةً فَهِيَ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّا إِذَا قَبَلْنَا دَعْوَاهَا فِي نَسَبِهِ ، لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِي رِقِّهِ ؛
 لِأَنَّا لَا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فِيمَا يَضُرُّهُ ، كَمَا لَمْ نَقْبَلِ الدَّعْوَى فِي كُفْرِهِ إِذَا ادَّعَى
 نَسَبَهُ كَافِرًا .

الإنصاف

(١) فِي : الْمُغْنَى ٨/ ٣٧٠ .

وَأِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا . وَإِنْ تَسَاوَوْا
فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، غُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ
مَاتَا .

الشرح الكبير

٢٥٤٦ - مسألة : (فَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ
بِهَا . فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، غُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا
إِنْ مَاتَا) الكلامُ في ذلك في فُصُولٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ،
أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهَمَا سَوَاءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسْلِمُ
أَوْلَى مِنَ الذَّمِيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى اللَّقِيظِ ضَرَرًا فِي الْإِحَاقَةِ
بِالْعَبْدِ وَالذَّمِيِّ ، فَيَكُونُ الْإِحَاقَةُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي
الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ لَوْ انْفَرَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا
تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى ، كَالْأَخْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرَرِ لَا
يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرَقِّهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبُ الْحَضَانَةَ ،
بَدَلِيلٌ أَنَّنَا نَقْدِمُ فِي الْحَضَانَةِ الْمُوسِرَ وَالْحَضِرَى ، وَلَا نَقْدِمُهُمَا فِي دَعْوَى

الإنصاف

تنبیه : ظاهرُ قولِهِ : وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا ، فَإِنْ
تَسَاوَوْا فِي بَيِّنَةٍ ، أَوْ عَدَمِهَا ، غُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ مَاتَا . سَمَاعُ
دَعْوَى الْكَافِرِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْإِرْشَادِ » وَجْهٌ ، لَا تَسْمَعُ دَعْوَى الْكَافِرِ بِلَا بَيِّنَةٍ . وَقَالَ فِي
« التَّلْخِصِ » : إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا يَدٌ غَيْرُ يَدِ الْإِلْتِقَاطِ ، وَكَانَ قَدْ سَبَقَ اسْتِلْحَاقُهُ ،
فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَى مُسْتَلْحَقِهِ مِنْ بَعْدُ ، وَإِنْ لَمْ يُسْمَعْ اسْتِلْحَاقُهُ إِلَّا عِنْدَ دَعْوَى الثَّانِي ،
فَفِي تَقْدِيمِهِ بِمُجَرَّدِ الْيَدِ احْتِمَالَانِ . انْتَهَى .

النَّسَبِ . وَلأنَّ الحَضَانَةَ إِنَّمَا يُرَاعَى فِيهَا حَقُّ الطِّفْلِ حَسَبُ ، وَهَهُنَا يَنْبَغِي أَنْ يُرَاعَى حَقُّ الْمُدَّعِي أَيْضًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا كَانَ عَبْدٌ ^(١) ، أَمْرَأَتُهُ أُمَةٌ ، فِي أَيْدِيهِمَا صَبِيٌّ ، فَادَّعَى رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ أَمْرَأَتَهُ عَرَبِيَّةً أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ أَمْرَأَتِهِ ، وَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِ أَبِي ثَوْرٍ وَغَيْرِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَقْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعِتْقِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى مِنَ الْمَوَالِي عِنْدَهُمْ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) : وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَغَيْرَهُمْ فِي أَحْكَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَلُحُوقِ النَّسَبِ بِهِمْ سَوَاءٌ .

الفصلُ الثاني ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، وَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ ، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، تَعَارَضَتْ وَسَقَطَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِعْمَالُهَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهَا فِي الْمَالِ إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَلَا يُمْكِنُ هَهُنَا ، أَوْ بِالْقُرْعَةِ ، وَالْقُرْعَةُ لَا يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا يَثْبُتُ هَهُنَا بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ أَمْرَأَةٍ ، وَآتَتْ بِوَلَدٍ ، أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونَ لِحُوقِهِ بِالْوُطْءِ لَا بِالْقُرْعَةِ .

فَالثَّانِي ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَالرَّوَايَتَيْنِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ ، وَيَأْتِي فِي الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ . الثَّانِيَةِ ، لَوْ كَانَ فِي يَدِ أَمْرَأَةٍ ، قُدِّمَتْ عَلَى أَمْرَأَةٍ ادَّعَتْهُ بِلا بَيِّنَةٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى مَا هُوَ أَعْمُ مِنْ ذَلِكَ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : ١ عِنْدَ .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٣٧١/٨ .

الفصل [٢٠٧/٥ ط] الثالث ، أنه إذا لم تكن بينة ، أو تعارضت بينتان وسقطتا ، أرى القافة معهما ، أو مع عصبيتهما عند فقديهما ، فتلحقه بمن ألحقته به منهما . هذا قول أنس ، وعطاء ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، « وأبي ثور » . وقال أصحاب الرأي : لا حكم للقافة ، ويلحق بالمُدَّعَيْن جميعاً ؛ لأنَّ الحكم بالقيافة مبنى على الشبهة والظن والتخمين ، فإنَّ الشبهة يوجب بين الأجانب ، ويتنفي بين الأقارب ، ولهذا روى عن النبي ﷺ أنَّ رجلاً أتاه ، فقال : يا رسول الله ، إنَّ امرأتى ولدت غلاماً أسود . فقال : « هل لك من إبل ؟ » قال : نعم . قال : « فما ألوانها ؟ » قال : حمر . قال : « هل فيها من أورك ؟ » قال : نعم . قال : « أنى أتأتها ذلك ؟ » قال : لعل عرقاً نزع . قال : « وهذا لعل عرقاً نزع » . متفق عليه^(١) . قالوا : ولو كان الشبهة كافياً لاكتفى به في ولد الملائنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقر . ولنا ، ما روى

تنبيه : قوله : عرض معهما على القافة ، أو مع أقاريهما إن ماتا . وذلك مثل ؛ الأخر ، والأخت ، والعمّة ، والحالة ، وأولادهم .

(١-١) في الأصل ، ٢ ، م ، ٥ : وأنى .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب من شبه أصلاً معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري ١٢٥/٩ .

ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا شك في الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٥/١ . والنسائي ،

في : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ . والإمام أحمد ، في المسند

٤٠٩ ، ٢٣٩/٢ .

عن عائشة، رَضِيَ اللهُ عنها، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا مَسْرُورًا تَبَرَّقَ أُسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: «أَلَمْ تَرَيَ أَنَّ مُجْزَرًا مُدْلَجِيَّ نَظَرَ آتِفًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ؟». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١). فَلَوْلَا جَوَازُ الْإِعْتِمَادِ عَلَى الْقِيَافَةِ لَمَّا سُرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ وَلَا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَلَأنَّ عُمرَ، رَضِيَ اللهُ عنه، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ مُنْكَرٌ، فَكَانَ إِجْمَاعًا، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ: «انْظُرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمَشَ السَّاقِينَ»^(٢) كَأَنَّهُ وَحَرَّةٌ^(٣)، فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ جَعْدًا، جُمَالِيًّا^(٤)، سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، خَدَلَجَ السَّاقِينَ^(٥)، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ.

(١) أخرجه البخارى، فى: باب صفة النبى ﷺ، من كتاب المناقب، وفى: باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ، من كتاب الفضائل، وفى: باب القائف، من كتاب الفرائض. صحيح البخارى ٢٢٩/٤، ٢٩/٥، ١٩٥/٨. ومسلم، فى: باب العمل بالحق القائف الولد، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٨٢، ١٠٨١/٢.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى القافة، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ٥٢٦/١. والترمذى، فى: باب ما جاء فى القافة، من أبواب الولاء. عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨، ٢٩١. والنسائى، فى: باب القافة، من كتاب الطلاق. المجتبى ١٥١/٦، ١٥٢. وابن ماجه، فى: باب القافة، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٨٢/٦، ٢٢٦.

(٢) حمش الساقين: أى رقيقهما.

(٣) الوحرة: وزغة تكون فى الصحارى، كسأء أبرص، لا تغطأ شفا من طعام أو شراب إلا سئته.

(٤) جمالى: ضمخ الأعضاء تام الأوصال، كأنه الجملى.

(٥) خدلج الساقين: ممتلئهما.

فَأَتَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ »^(١) . فَحَكَمَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ لِلَّذِي أَشْبَهَهُ مِنْهُمَا . وَقَوْلُهُ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَمْنَعَهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبْهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا انْتَفَى الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي ابْنِ أُمَةِ زَمْعَةَ ، حِينَ رَأَى بِهِ شَبْهًا بَيْنًا بَعْتَبَةَ [٢٠٨/٥ و] ابْنِ أَبِي وَقَاصٍ : « احْتَجَبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ »^(٢) . فَعَمِلَ بِالشَّبْهِ فِي حَجَبِ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلمس البيعة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، وباب قول النبي ﷺ : لو كنت رجلاً بغير بيعة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق ، صحيح البخاري ٢٣٣/٣ ، ١٢٦/٦ ، ٦٩/٧ ، ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٤/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٢٥١/١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٠/٦ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٨/١ ، ٢٣٩ ، ١٤٢/٣ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحرى وبعته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفي : باب دعوى الوصي للحميت ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الموصي تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفي : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب الولد للفراس ، وباب من ادعى أحمالاً أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب للعاهر الحجر . من كتاب الحدود ، وفي : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ / ٤ ، ١٩٢ / ٥ ، ١٩١ / ٨ ، ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩ / ٩٠ . ومسلم ، في : باب الولد للفراس وتوق المشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، في : باب الولد للفراس ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الولد للفراس ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائي ، في : باب إلحاق الولد بالفراس ... ، وباب فراس الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٨ ، =

سَوْدَةَ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ؛ إِذْ لَمْ يَحْكَمْ النَّبِيُّ ﷺ بِالشَّبهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَلَدَ بِزَمْعَةٍ ، وَقَالَ لَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . وَلَمْ يَعْمَلْ بِشَبِّهِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا لِشَبِّهِهِ بِالْمَقْدُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ فِي ابْنِ أُمَةِ زَمْعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَةِ لِمُعَارَضَةِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضَ عَنْهَا إِذَا خَلَّتْ عَنِ الْمُعَارَضِ . وَلِلذَلِكَ تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ أَيْمَانِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكُنَّا لِي وَلَهَا شَانٌ » . عَلَى أَنَّ ضَعْفَ الشَّبِّهِ عَنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ عَنْ إلْحَاقِ النَّسَبِ ، فَإِنَّ الْحَدَّ فِي الرَّثْنِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَقْوَى الْبَيِّنَاتِ ، وَأَكْثَرِهَا عَدَدًا ، وَأَقْوَى الْإِقْرَارِ ، حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِ تَكَرُّرُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَيُذَرُّ بِالشَّبِّهِاتِ . وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ عَلَى الْوِلَادَةِ ، وَيَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مَعَ ظُهُورِ انْتِفَائِهِ ، حَتَّى لو أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ بِوَلَدٍ وَزَوَّجَهَا غَائِبٌ مِنْذَ عِشْرِينَ سَنَةً ، لَحِقَّه وَلَدُهَا ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْحَدِّ ! لِأَنَّهُ حَكَمَ بِظَنٍّ غَالِبٍ وَرَأْيٍ رَاجِحٍ ، مِمَّنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ ، فَجَازَ ، كَقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشَّبَّهَ يَجُوزُ وَجُودُهُ

= ١٤٩ . وابن ماجه ، في : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح . وفي : باب في ميوات ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

وَعَدَمُهُ . قُلْنَا : الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ، وَلِهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ :
 أَوْ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةَ ؟ قَالَ : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبْهَةُ ؟ » ^(١) . وَالْحَدِيثُ
 الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ حُجَّةً عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ إنْكَارَ الرَّجُلِ وَلَدَهُ لِمُخَالَفَةِ لَوْنِهِ لَوْنَهُ ،
 وَعَزْمُهُ عَلَى نَفْيِهِ لذلِكَ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَادَّةَ خِلَافُهُ ، وَأَنَّ فِي طِبَاعِ النَّاسِ
 إنْكَارَهُ ، فَإِنَّ ذلِكَ إِنَّمَا يُوجَدُ نَادِرًا ، وَإِنَّمَا ألْحَقَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ لَوْجُودِ
 الْفِرَاسِ ، وَتَجَوُّزِ مُخَالَفَةِ الظَّاهِرِ لِلدَّلِيلِ ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ لِغَيْرِ دَلِيلٍ ،
 وَلِأَنَّ صُغْفَهُ عَنْ نَفْيِ النَّسَبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ صُغْفُهُ عَنْ إِبْثَاتِهِ . فَإِنَّ النَّسَبَ
 يُحْتَاطُ ^(٢) لِإِبْثَاتِهِ ، وَيُثْبِتُ بِأَذْنَى دَلِيلٍ ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذلِكَ التَّشْدِيدُ
 [٢٠٨/٥ ط] فِي نَفْيِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَتَنَفَّى إِلَّا بِأَقْوَى الْأَدْلَةِ ، كَمَا أَنَّ الْحَدَّ لَمَّا انْتَفَى
 بِالشُّبْهَةِ ، لَمْ يَثْبِتْ إِلَّا بِأَقْوَى دَلِيلٍ ، فَلَا يَلْزَمُ حَيْثُ تَنَزَّلَ مِنَ الْمَنْعِ مِنْ نَفْيِهِ
 بِالشُّبْهَةِ فِي الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ أَنَّ لَا يَثْبِتُ بِهِ النَّسَبُ فِي مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قِيلَ :
 فَهُنَا إِذَا عَمِلْتُمْ بِالْقِيَافَةِ فَقَدْ نَفَيْتُمْ النَّسَبَ عَمَّنْ لَمْ تُلْحِقْهُ الْقَافَةُ بِهِ . قُلْنَا :
 إِنَّمَا انْتَسَبَ هُنَا لِعَدَمِ دَلِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى ، وَقَدْ
 عَارَضَهَا مِثْلُهَا ، فَسَقَطَ حُكْمُهَا ، وَكَانَ الشُّبْهَةُ مُرْجَّحًا لِأَحَدِهِمَا ، فَانْتَفَتْ
 دَلَالَةُ الْأُخْرَى ، فَلَزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لِانْتِفَاءِ دَلِيلِهِ ، وَتَقْدِيمُ اللَّعَانِ عَلَيْهِ لَا
 يَمْنَعُ الْعَمَلَ بِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، كَالْيَدِ تُقَدَّمُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ ، وَيُعْمَلُ بِهَا عِنْدَ عَدَمِهَا .

(١) تقدم تخريجه في ٨٠/٢ . وبضاف إليه . وأخرجه البخاري ، في باب الحياء في العلم ، من كتاب العلم ،
 وفي باب قول الله تعالى ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح
 البخاري ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .
 (٢) بعده في م : ٥ له .

فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ ، وَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا لِحَقِّ بِهِمَا . المنع

الشرح الكبير

فصل : والقافة قومٌ يَعْرِفُونَ الأنسابَ بالشَّبهِ ، ولا يَخْتَصُّ ذلكُ بِقَبِيلَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، بل مَنْ عَرِفَ مِنْهُ المَعْرِفَةُ بِذلك ، وَتَكَرَّرَتْ مِنْهُ الإِصَابَةُ ، فهو قَائِفٌ . وقيل : أَكْثَرُ ما يكونُ في بَنِي مُذَلِّجٍ رَهْطٌ مُجَزَّزٌ الذي رَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا قد غَطَّيَا رُغُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فقال : إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ . وكان إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ المَزْنِيُّ قَائِفًا ، وكذلك قِيلَ في شَرِيحٍ .

٢٥٤٧ - مسألة : (فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ) لِتَرْجُحِ جَانِبِهِ (وَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا لِحَقِّ بِهِمَا) وكان ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا مِيراثُ ابْنٍ ، وَيَرِثَانِهِ جَمِيعًا مِيراثُ أَبِي وَاحِدٍ . يُرْوَى ذلكُ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وهو قولُ أَبِي ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وقال الشافعيُّ : لا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدٍ ، فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا سَقَطَ قَوْلُهُمَا ، ولم يُحْكَمْ بِهِ . واحتجَّ بِروايةٍ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ القافَةَ قالت : قد^(١) اشْتَرَكَا فِيهِ . فقال عُمَرُ : وَالِإِيَّاهُمَا شَفْتُ . ولأنَّهُ لا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْ رَجُلَيْنِ ، فإذا الْحَقَّةُ القافَةُ بِهِمَا تَبَيَّنَا كَذِبُهُمَا ، فَسَقَطَ قَوْلُهُمَا ، كما

تبيينه : ظاهرُ قولِهِ : فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ . أَنَّها لو تَوَقَّفتُ في إلحاقِهِ بأَحَدِهِمَا ، ونَفَتَهُ عَنِ الآخرِ ، أَنَّهُ لا يُلْحَقُ بالذي تَوَقَّفتُ فِيهِ . وهو صحيحٌ ، وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وهو المذهبُ ، وظاهرُ ما قَدَّمَهُ في « الفروع » . وقال في « المَحَرَّرِ » : يُلْحَقُ بِهِ . وَتَبِعَهُ جَماعَةٌ .

(١) سقط من : م .

لو أَلْحَقْتَهُ بِأَمِينٍ ، وَلَأَنَّ الْمُتَدَاعِيَيْنِ لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يُثَبِّتْ ، وَلَوْ ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَقَامَ بَيْنَهُ ، سَقَطَتْ ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِهِمَا لَقَبَتْ بِاتِّفَاقِهِمَا ، وَالْحَقُّ بِهِمَا عِنْدَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِمَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ، ثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ يَسَافٍ ، عَنْ عُمَرَ [٢٠٩/٥ و] فِي امْرَأَةٍ وَطِئَهَا رَجُلَانِ فِي طَهْرٍ ، فَقَالَ الْقَائِفُ : قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ جَمِيعًا . فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ : وَعَلَى يَقُولُ : هُوَ ابْنُهُمَا وَهِيَ أَبَوَاهُ ، يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ . وَرَوَاهُ الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ . وَقَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عُمَرَ جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ قَابُوسٌ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَلِيٍّ ^(١) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَرَوَى الْأَثَرُمُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَ فِي طَهْرِ امْرَأَةٍ ، فَحَمَلَتْ ، فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشَبِّهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَدَعَى الْقَافَةَ فَتَنْظَرُوا ، فَقَالُوا : نَرَاهُ يُشَبِّهُهُمَا . فَالْحَقَّهُ بِهِمَا وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ ^(٢) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ عُمَرَ لَا نَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَهُمَا لِأَمْرِ آخَرَ ، إِمَّا لِعَدَمِ ثِقَتِهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِهِمَا وَاخْتِلَافِهِ مَا يُوجِبُ تَرْكَهُ ،

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يفرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٤/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

الشرح الكبير

فَلَا يَنْتَحِصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلَيْهِمَا أَنَّهُمَا اشْتَرَكَ فِيهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةَ بِهِمَا وَرِثَهُمَا وَوَرِثَاهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ لَا يَزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثُ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ مَا تَأْخُذُهُ الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةُ تَأْخُذُ وَحْدَهَا مَا يَأْخُذُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

٢٥٤٨ - مسألة : (وَلَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ أُمَّ وَاحِدَةٍ) إِذَا ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ اللَّقِيطِ ، فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ دَعْوَتِهِمَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُقْبَلُ دَعْوَتُهَا دُونَ الْأُخْرَى فَهُوَ ابْنُهَا ، كَالْمُنْفَرِدَةِ ، وَإِنْ كَانَتَا مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُمَا فَوُجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَإِنْ كَانَتَا جَمِيعًا مِمَّنْ تُقْبَلُ دَعْوَتُهُمَا ، فَهِيَ فِي إِبْتَائِهِ بِالْبَيِّنَةِ وَكَوْنِهِ يُرَى الْقَافَةَ عِنْدَ عَدَمِهَا أَوْ تَعَارُضِهَا كَالرَّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتَا ، فَادَّعَتْ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يُرَى الْقَافَةَ . فَقَالَ : مَا أَحْسَنَهُ . وَلَأَنَّ الشُّبَّةَ يُوْجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنِهَا كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرُ ، لِاخْتِصَاصِهَا بِحَمْلِهِ وَتَغْذِيَّتِهِ ، وَالْكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ ، وَالْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةٌ ، كَقَوْلِنَا (٢٠٩/٥ ط) فِي الرِّجَالِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ ^(١) بِقَبُولِ دَعْوَاهَا . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ أُمَّ وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ أَلْحَقْتَهُ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

القافّة بأَمَّينَ ، سَقَطَ قَوْلُهُمَا ؛ لِأَنَّا^(١) نَعْلَمُ خَطَأَهُ قَطْعًا . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدَ الْأَبَوَيْنِ ، فَجَازَ أَنْ
يُلْحَقَ بِاِثْنَيْنِ ، كَالْآبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحَالٌ يَقِينًا ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ،
كَأَنَّ لَوْ كَانَ أَكْبَرَ مِنْهُمَا أَوْ مِثْلَهُمَا ، بِخِلَافِ الرَّجُلَيْنِ ، فَإِنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا
مُمْكِنٌ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ اجْتِمَاعُ نُطْقَتَيِ الرَّجُلَيْنِ فِي رَجَمِ امْرَأَةٍ ، فَيُمْكِنُ أَنْ
يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَدٌ كَمَا يُخْلَقُ مِنْ نُطْقَةِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ^(٢) وَالْمَرْأَةِ ، وَلِذَلِكَ
قَالَ الْقَائِفُ لِعَمَرٍ : قَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ . وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْإِحَاقَةِ بَمَنْ يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ
مِنْهُ الْإِحَاقَةُ بَمَنْ يَسْتَحِيلُ ذَلِكَ مِنْهُ ، كَمَا لَا يَلْزَمُ مِنَ الْإِحَاقَةِ بَمَنْ يُوَلَدُ مِثْلُهُ
لِمِثْلِهِ الْإِحَاقَةُ بِأَصْغَرَ مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا ؛ لِإِمْكَانِ كَوْنِهِ
مِنْهُمَا بَيْنَكَاحٍ كَانَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ ، فَيُلْحَقُ بِهِمَا جَمِيعًا ، وَيَكُونُ
ابْنُهُمَا بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُمَا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالدَّعْوَى . وَإِنْ قَالَ
الرَّجُلُ : هَذَا ابْنِي مِنْ زَوْجَتِي . وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ ، وَادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ
أُخْرَى ، فَهُوَ ابْنُ الرَّجُلِ ، وَتُرْجِّحُ زَوْجَتُهُ عَلَى الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا
أَبُوهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا أُمُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ
انْفَرَدَتْ الْحَقَّ بِهَا ، فَإِذَا اجْتَمَعَتَا تَسَاوَا .

(١) بعده في م : لا .

(٢) سقط من : م .

فصل : ولو وَلَدَتْ امْرَأَتَانِ ابْنًا وَبِنْتًا ، فَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّ الابْنَ وَلَدُهَا ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَرَى الْمَرَاتِينَ الْقَافَةَ مَعَ الْوَلَدَيْنِ ، فَيُلْحَقُ كُلُّ مِنْهُمَا بِمَنْ أَحَقَّهُتْهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا وَلَدٌ آخَرُ . والثاني ، يُعْرَضُ لَبْنُهُمَا عَلَى أَهْلِ الطَّبِّ وَالْمَعْرِفَةِ ، فَإِنْ لَبِنَ الذَّكَرَ يُخَالِفُ لَبِنَ الْأُنْثَى فِي طَبِيعِهِ وَزِنَتِهِ ، وَقَدْ قِيلَ : لَبِنُ الْإِبْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبِنُ الْبِنْتِ خَفِيفٌ . فَيُعْتَبَرَانِ بِطَبَائِعِهِمَا وَوَزْنِهِمَا ؛ وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبِنُ الْإِبْنِ فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْآخَرَى . فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ قَافَةً اعْتَبِرَ بِاللَّبَنِ خَاصَّةً . فَأَمَّا إِنْ تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ ، وَهُمَا ذَكَرَانِ أَوْ ابْنَتَانِ ، عُرِضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هُوَ ابْنِي . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ ابْنَتِي . فَإِنْ [٢١٠/٥ ر] كَانَ ابْنًا فَهُوَ لِمُدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَ بِنْتًا فَهِيَ لِمُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ . فَإِنْ كَانَ خُتْنِي مُشْكِلًا ، أَرَى الْقَافَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْكَاذِبِ مِنْهُمَا كَاذِبَةٌ فَوْجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَالْآخَرَى صَادِقَةٌ ، فَيُعَيَّنُ الْحُكْمُ بِهَا .

وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأَلْحَقَ بِهِمْ ، لِحَقِّ بِهِمْ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ
ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ .

٢٥٤٩ - مسألة : (فَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأَلْحَقَهُ بِهِمْ ، لِحَقِّ
وَإِنْ كَثُرُوا) وقد نصَّ أحمدُ في روايةٍ مُهَنَّا ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى
هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقَهُ الْقَافَةُ ، وَإِنْ كَثُرُوا . (وقال ابنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ
بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ) وهو قولُ أَبِي يُوسُفَ ، لِأَنَّنَا صَرَّحْنَا إِلَى ذَلِكَ لِلْإِثْرِ ، فَيُقْتَصَرُ
عَلَيْهِ . وقال القاضي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ . وهو قولُ مُحَمَّدِ بْنِ
الْحَسَنِ . ورُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي لَأَجْلِ
الْحَقِّ بِاثْنَيْنِ مَوْجُودٌ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ . وَإِذَا جَازَ أَنْ يُخْلَقَ مِنْ

قوله : وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأَلْحَقَ بِهِمْ ، لِحَقِّ بِهِمْ ، وَإِنْ كَثُرُوا . هذا
المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصُّ عليه في روايةٍ جماعَةٍ . قال في
« الفائق » : اختاره القاضي . وجزمَ به في « الوجيز » ، و « نظم المُفْرَدَاتِ » .
وقدَّمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، ونصَّروه ،
و « المُحَرَّر » ، و « الفروع » . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ المذهبِ ، قاله ناظِمُهَا . وقال
الحارثيُّ : قال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ : يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ . لَكِنْ عِنْدَهُ ، لَا يُلْحَقُ
بِأَكْثَرٍ مِنْ خَمْسَةٍ . وقال ابنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ . وعنه ، يُلْحَقُ
بِثَلَاثَةٍ فَقَطْ . نصُّ عليه في روايةٍ مُهَنَّا . واختاره القاضي وغيره . وذكر في
« المُسْتَوْعِب » وَجْهًا ، أَنَّهُمْ ^(١) إِذَا أَلْحَقُوهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، لَا يُلْحَقُ بِوَاحِدٍ
مِنْهُمْ ؛ لِظُهُورِ خَطِيئَتِهِمْ .

(١) في ط : « أَنَّهُمَا » .

اثنتين ، جاز أن يُخلَقَ مِنْ أَكْثَرِ مِنْهُمَا . وقولهم : إن إلحاقه باثنتين على خلافِ الأصل . ممتنع ، وإن سلمناه ، لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره ، فيجب تعدية الحكم به ، كما أن إباحة أكل الميتة عند المَحْمَصَةِ أبيع على خلافِ الأصل ، ولا يمنع من أن يُقاسَ على ذلك مال الغير ، والصبيد الحريمي ، وغيرهما من المحرمات ، لوجود المعنى ، وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك . وأما قول من قال : يجوز إلحاقه بثلاثه ، ولا يزداد عليه . فتحكم ، فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ، ولا عدى الحكم إلى ما في معناه ، ولا تعلم في الثلاثه معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم دون ما زاد عليهم ، فلم يجوز الاقتصار عليه بالتحكم .

فائدة : [٢٣٧/٢] يرث من ^(١) كل من لحق به ميراث ولدٍ كامل ، ويرثونه ميراث أبٍ واحدٍ ، ولهذا لو أوصى له ، قبلوا له جميعا ، ليحصل له . وإن مات وخلف أحدهم ، فله ميراث أب كامل ؛ لأن نسبه كامل من الميت . نص عليه . ولأُمِّي أبويه اللذين لحق بهما مع أم أم ، نصف السدس ، ولأم الأم نصفه . قلت : فيعاني بها .

فائدة : امرأة ولدت ذكرا ، وأخرى اثني ، وادعت كل واحدة أن الذكر ولدها دون الأنثى ، فقال في « المعنى » ، و « الشرح » : يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، العرض على القافة مع الولدين . قال الحارثي : قلت : وهذا المذهب على ما مر من نضه ، من رواية ابن الحكم . والوجه الثاني ، عرضُ بينهما على أهل الطب

(١) سقط من : ط .

المفع
وَإِنْ نَفَقَتِ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، ضَاعَ
نَسْبُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ [١٥٢ ط] . وَفِي الْآخِرِ ، يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ
فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ .

الشرح الكبير
٢٥٥٠ - مسألة : (فَإِنْ نَفَقَتِ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ
لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، ضَاعَ نَسْبُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، يُتْرَكُ حَتَّى
يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ
أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ وَارَى الْقَافَةَ فَتَفَقَّتْ عَنْهُمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، أَوْ تَعَارَضَتْ
أَقْوَالُهُمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يُوثَقُ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يُرْجَحْ أَحَدُهُمْ بِذِكْرِ عِلَامَةٍ فِي
جَسَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُرْجَحُ بِهِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى ، سِوَى الْإِتِّقَاطِ فِي الْمَالِ ،

الإصاف
وَالْمَعْرِفَةِ ؛ فَإِنَّ لَبَنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبَنَ الْأُنْثَى فِي طَبْعِهِ وَزَيْتِهِ . وَقِيلَ : لَبَنُ الذَّكَرِ
ثَقِيلٌ ، وَلَبَنُ الْأُنْثَى خَفِيفٌ ، فَيُعْتَبَرَانِ بِطَبْعَيْهِمَا وَزَيْتَيْهِمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ عِنْدَ أَهْلِ
الْمَعْرِفَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْاِغْتِبَارُ إِنْ كَانَ مُطَرِّدًا فِي الْعَادَةِ غَيْرَ مُخْتَلِفٍ ، فَهُوَ
إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَظْهَرُ مِنَ الْأَوَّلِ ؛ فَإِنَّ أَصُولَ السُّنَّةِ قَدْ تَخَفَى عَلَى الْقَائِفِ . قَالَ فِي
« الْمُعْنَى » ^(١) : فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، اعْتَبِرَ بِاللَّبَنِ خَاصَّةً . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدَانِ ذَكَرَيْنِ
أَوْ أُنْثَيْنِ ، وَادَّعَا أَحَدُهُمَا ، تَعَيَّنَ الْعَرَضُ عَلَى الْقَافَةِ .

قوله : وَإِنْ نَفَقَتِ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ - أَوْ اخْتَلَفَ
قَائِفَانِ - ضَاعَ نَسْبُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ
الْأُولَى . وَجَزَمَ بِهِ « الْوَجِيز » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : قَوْلُ أَبِي

(١) الْمُعْنَى ٣٨٣/٨ .

[٢١٠/٥ ط] واللَّقِيطُ ليس بمالي ، فعلى هذا ، يَضِيعُ نَسَبُهُ . هذا قولُ أبي بكرٍ ؛ لأنه لا دَلِيلَ لأَحَدِهِمْ ، أَشْبَهَ مَنْ لَمْ يَدَّعِ أَحَدٌ نَسَبَهُ . وقال ابنُ حامِدٍ : يَتْرُكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . قال القاضي : وقد أَوْماً أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رَجُلَيْنِ وَقَعَا عَلَى امْرَأَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، إِلَى أَنَّ ابْنَ يُخَيْرٍ أَيُّهُمَا أَحَبُّ . وهو قولُ الشافعي في الجَدِيدِ ، وقال في الْقَدِيمِ : حَتَّى يُمَيِّزَ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ : وَالِ أَيُّهُمَا شَتَتْ . وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى قَرِيبِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ أَقْرَبُ بِهِ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِقْرَارِ ، فَتَبَتِ نَسَبُهُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْ انْفَرَدَ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَامْتَكَنَ

بَكْرٍ أَقْرَبُ . قال الحارثيُّ : وهو الْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ . وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وفي الْآخِرِ ، يَتْرُكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . قال القاضي : وقد أَوْماً إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . وقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قال الحارثيُّ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْ مُمَيِّزٍ أَيْضًا ، تَفْرِيعًا^(١) عَلَى وَصِيَّتِهِ وَطَلَاغِهِ ، وَعَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِ ، عَلَى رِوَايَةٍ . وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ ، هُوَ لَمَنْ يَمِيلُ بِطَبْعِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْفُرْعَ يَمِيلُ إِلَى الْأَصْلِ ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَقَدَّمَهُ إِحْسَانٌ . وَقِيلَ : يُلْحَقُ بِهِمَا . اخْتَارَهُ فِي « الْمَحَرَّرِ » . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، يُخَيِّرُ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَافَةً . وَعَنْهُ ، يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالْفُرْعَةِ . ذَكَرَهَا فِي « الْمُعْنَى » ، فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » .

(١) فِي ط : تَفْرِيعًا .

العَمَلُ بهما ، وَجَبَ ، كما لو أَقَرَّ له بِمالٍ . وَلَنا ، أَنْ دَعَوَهُمَا تَعَارَضَتْ ،
وَلَا حُجَّةَ لَواحِدٍ مِنْهُما ، فَلَمْ يَثْبُتْ ، كما لو ادَّعَى رَقَّه ، وَلَيْسَ هُوَ فِي
أَيِّدِيهِما . قَالَ شَيْخُنَا : وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ أَقْرَبُ لِمَا ذَكَرْنَا . وَقَوْلُهُمْ : يَمِيلُ
طَبْعُهُ إِلَى قَرَابَتِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَابَتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَةٍ أَنَّهُ^(١) قَرَابَتُهُ ، فَالْمَعْرِفَةُ
بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ ، وَلَوْ سَلِمَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَمِيلُ أَيْضًا إِلَى
مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا وَبُغْضِ مَنْ
أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهِمَا خُلُقًا
وَأَعْظَمِهِمَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فَلَا يَبْقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى
النَّسَبِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا فِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِالْإِنْتِسَابِ قَبْلَ
الْبُلُوغِ . قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ صَدَقَ الْمُقَرَّرُ بِنَسَبِهِ . قُلْنَا : لَا يَحِلُّ لَهُ تَصَدِيقُهُ ،

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ وَمَنْ تَابَعَهُ ، لَوْ أَحَقَّقْتَهُ الْقَافَةَ ، بَعْدَ إِنْتِسَابِهِ ،
بِغَيْرِ مَنْ ائْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بِطُلِّ إِنْتِسَابِهِ . وَمِنْهَا ، لَيْسَ لَهُ الْإِنْتِسَابُ بِالتَّشْهُيِّ ، بَلْ بِالْمِيلِ
الطَّبِيعِيِّ الَّذِي تُبَيِّرُهُ الْوِلَادَةُ . وَمِنْهَا ، يَسْتَفِرُّ نَسَبُهُ بِالْإِنْتِسَابِ ، فَلَوْ ائْتَسَبَ إِلَى
أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَنَّ لَهُ الْإِنْتِسَابُ إِلَى الثَّانِي ، أَوْ الْإِنْتِفَاءُ مِنَ الْأَوَّلِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَمِنْهَا ،
لَوْ ائْتَسَبَ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا لَمِيلُهُ ، لَحِقَ بِهِمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ بَلَغَ وَلَمْ
يُتَنَسَبْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، لَعَدِمَ مَيْلُهُ ، ضَاعَ نَسَبُهُ ؛ لِانْتِفَاءِ دَلِيلِهِ ، وَلَوْ ائْتَسَبَ إِلَى
مَنْ عَدَاهُ ، وَادَّعَاهُ ذَلِكَ الْمُتَنَسَّبُ إِلَيْهِ ، لَحِقَهُ . وَمِنْهَا ، وَجُوبُ الثَّقَفَةِ عَلَيْهِمَا
مُدَّةَ الْإِنْتِظَارِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِمُوجِبِهَا ، وَهُوَ الْوِلَادَةُ ، وَكَذَلِكَ فِي مُدَّةِ إِنْتِظَارِ الْبَيِّنَةِ ،
أَوْ الْقَافَةِ .

(١) فِي النسخ : ٥ أَنَّهُ .

فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ^(١) . وَهَذَا لَا ^(٢) يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فَلَا نَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِهِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا انفَرَدَ ؛ فَإِنَّ الْمُنْفَرِدَ يُثْبِتُ النَّسَبَ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقِي ، وَقَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَإِلَآهُمَا شَعَتْ . لَمْ يُثْبِتْ ، وَلَوْ ثَبِتَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْمُوَالَاةِ لَا بِالِانْتِسَابِ . وَعَلَى قَوْلٍ مَنْ جَعَلَ لَهُ الْإِنْتِسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، إِذَا انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَادَ فَانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، أَوْ نَفَى نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَنْتَسِبْ إِلَى أَحَدٍ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبِتَ نَسَبُهُ [٢١١/٥] فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى مُنْفَرِدٌ نَسَبَهُ ثُمَّ أَنْكَرَهُ . وَيُفَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبِيهِ فَيَخْتَارُ أَحَدَهُمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى الْآخَرِ ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا تَبِعَ اخْتِيَارَهُ وَشَهْوَتَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ وَغَيْرِهِ فِي يَوْمٍ آخَرَ . فَأَمَّا إِنْ قَامَتْ لِلْآخِرِ بَيِّنَةٌ بِنَسَبِهِ ، عُجِّلَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُبْطِلُ قَوْلَ الْقَافَةِ الَّذِي هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْإِنْتِسَابِ ، فَأَوَّلَى أَنْ تُبْطَلَ الْإِنْتِسَابُ . وَإِنْ وَجَدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ انْتِسَابِهِ ، فَالْحَقَّقْتَهُ بِغَيْرِ مَنْ انْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بَطَلَ انْتِسَابُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبُطِّلَ بِهِ الْإِنْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ الْقَافَةِ .

تنبيه : قَوْلُهُ : أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ . حَقِيقَةُ الْعَدَمِ ، الْعَدَمُ الْكُلِّيُّ ، فَلَوْ وَجَدَتْ بَعِيدَةً ، ذَهَبُوا إِلَيْهَا . وَمِنْهَا ، لَوْ قَتَلَهُ مَنْ ادَّعَاهَا ، قَبْلَ أَنْ يَلْحَقَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَا

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٨٧٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي الْمُسْنَدِ ٣٠٩/١ ، ٣١٧ ، ١٨٦/٤ .
(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ ، أَوْ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً المقنع
بَيْنَهُمَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ وَطِئَتْ زَوْجَةً رَجُلٍ أَوْ أُمٍّ وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ ،
وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الْوَاطِئِ ، أَرَى
الْقَافَةَ مَعَهُمَا .

٢٥٥١ - مسألة : (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة ، الشرح الكبير
أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أم
ولده بشبهة ، وأتت بولدٍ يُمكن أن يكون منه ، فادَّعى الزوج أنه من
الواطئ ، أرى القافة معهما) كاللقيط ، فالحق بمن ألحقه به منهما ،
سواء ادَّعياه أو جحداه أو أحدهما ، وقد ثبت الافتراض . ذكره القاضي .
وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعى الزوج أنه من الشبهة ، ذكره
في « المحرر » . وكذلك إن تزوجها كل واحدٍ منهما تزويجاً فائداً ،
أو كان نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً ، مثل أن يطلق امرأته فينكحها
غيره في عدتها ويطأها ، أو يبيع أمةً فيطأها المشتري قبل استبائها ، وتأتى
بولدٍ يُمكن أن يكون منهما ، فإنه يرى القافة معهما ، فبايهما ألحقه
لحق . والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط ، على ما ذكرنا .

قود على واحدٍ منهما ، ولو رجعا ؛ لعدم قبوله . ولو رجعا أحدهما ، انقضى عنه ، الإنصاف
وهو كشریک الأب ، على ما يأتي في آخر كتاب الجنایات .

قوله : وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما
في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة ، وأتت بولدٍ يُمكن

وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . المنع

٢٥٥٢ - مسألة : (ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرًا عدلًا ، مجربًا في الإصابة) وفي اعتبار حُرِّيَّتِهِ وَجْهَانِ مِنَ « الْمُحَرَّرِ » ^(١) . القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة . وقد قيل : أكثر ما يكون ذلك في بني مدليج رهط مجزى المدليجي . وكان إياس بن معاوية

أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَادَّعَى الزَّوْجَ أَنَّهُ مِنَ الْوَاطِي ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المغني » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهم . وسواء ادَّعاه أو جحداه ، أو أحدهما . ذكره القاضي وغيره . وشرط أبو الخطاب ، في وطء الزوجة ، أَنْ يَدَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الشُّبْهَةِ ، فعلى قوله ، إِنْ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ ، اخْتَصَّ بِهِ لِقْوُ جَانِبِهِ . وفي « الانتصار » ، رواية مثل ذلك . ونقل أبو الحارث ، في امرأة رجل غصبت ، فوَلَدَتْ عَنْده ، ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى زَوْجِهَا ، كَيْفَ يَكُونُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ فِي مِثْلِ هَذَا ؟ إِنَّمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا ادَّعَاهُ ، وَهَذَا لَا يَدَّعِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ . وقيل : إِنْ عُدِمَتْ الْقَافَةُ ، فَهُوَ لِرَبِّ الْفِرَاشِ . وَيَأْتِي فِي آخِرِ اللَّعَانِ ، هَلْ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلسَّيِّدِ نَفْيُهُ ، إِذَا الْحَقَّ بِهِ ، أَوْ بَعْدَهُ ؟

قوله : وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . يُشْتَرَطُ فِي الْقَائِفِ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . بلا نزاع . ومعنى كونه عدلًا ^(٢) مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ ، عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، وَمَنْ تَابَعَهُ ، بِأَنْ يَتْرَكَ الصَّبِيَّ بَيْنَ عَشْرَةِ

(١) بعده في م : « قوله » .

(٢) سقط من ط .

الْمُزْنَى قَائِفًا . وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِي
 الْإِصَابَةِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُكْمٌ ، فَاعْتَبِرَتْ لَهُ هَذِهِ الشُّرُوطُ . قَالَ الْقَاضِي ،
 فِي مَعْرِفَةِ الْقَائِفِ بِالتَّجَرُّبَةِ : هُوَ أَنْ يَتْرَكَ الصَّبِيَّ مَعَ عَشْرَةِ رِجَالٍ غَيْرِ مَنْ
 يَدَّعِيهِ ، وَيُرَى إِيَّاهُمْ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، سَقَطَ [٢١١/٥ ط] قَوْلُهُ ؛
 لِتَبَيُّنِ خَطِئِهِ . وَإِنْ لَمْ يُلْحِقْهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرَيْنَاهُ إِيَّاهُ مَعَ عِشْرِينَ مِنْهُمْ مُدَّعِيهِ ،
 فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِهِ لَحَقَ . وَلَوْ اعْتَبِرَ بِأَنْ يَرَى صَبِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ مَعَ قَوْمٍ
 فِيهِمْ أَبُوهُ أَوْ أَخُوهُ ، فَإِذَا أَلْحَقَهُ بِقَرِيْبِهِ ، عُرِفَتْ إِصَابَتُهُ ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ
 سَقَطَ قَوْلُهُ ، جَازَ . وَهَذِهِ التَّجَرُّبَةُ عِنْدَ عَرْضِهِ عَلَى الْقَائِفِ لِلَاخْتِيَاظِ فِي
 مَعْرِفَةِ إِصَابَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ تُجَرَّبْهُ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِالْإِصَابَةِ وَصِحَّةِ
 الْمَعْرِفَةِ فِي مَرَاتٍ كَثِيرَةٍ ، جَازَ ، فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا شَرِيفًا شَكَّ فِي وَلَدِهِ
 مِنْ جَارِيَتِهِ ، وَأَتَى أَنْ يَسْتَلْحِقَهُ ، فَمَرَّ بِهِ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ فِي الْمَكْتَبِ ، وَلَا
 يَعْرِفُهُ ، فَقَالَ لَهُ : اذْغُ لِي أَبَاكَ . فَقَالَ لَهُ الْمُعَلِّمُ : وَمَنْ أَبُو هَذَا ؟ قَالَ :
 فَلَانٌ . قَالَ : مِنْ أَيْنَ عَلِمْتَ أَنَّهُ أَبُوهُ ؟ قَالَ : هُوَ أَشْبَهُهُ بِهِ مِنَ الْغُرَابِ
 بِالْغُرَابِ . فَقَامَ الْمُعَلِّمُ مَسْرُورًا إِلَى أَبِيهِ فَأَعْلَمَهُ بِقَوْلِ إِيَّاسٍ ، فَخَرَجَ الرَّجُلُ
 وَسَأَلَ إِيَّاسًا : مِنْ أَيْنَ عَلِمْتَ أَنَّ هَذَا وَلَدِي ؟ فَقَالَ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، وَهَلْ
 يَخْفَى ذَلِكَ عَلَى أَحَدٍ ، إِنَّهُ لَأَشْبَهُهُ بِكَ مِنَ الْغُرَابِ بِالْغُرَابِ . فَسَرَّ الرَّجُلُ
 وَاسْتَلْحَقَ وَلَدَهُ .

رِجَالٍ مِنْ غَيْرِ مَنْ يَدَّعِيهِ ، وَيُرِيهِمْ إِيَّاهُ ؛ فَإِنْ [٢٣٧/٢ ط] أَلْحَقَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ،
 سَقَطَ قَوْلُهُ لِتَبَيُّنِ خَطِئِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُلْحِقْهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَرَيْنَاهُ إِيَّاهُ مَعَ عِشْرِينَ فِيهِمْ
 مَنْ يَدَّعِيهِ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِهِ لَحَقَ . وَلَوْ اعْتَبِرَ بِأَنْ يَرَى صَبِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ مَعَ

فصل : نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا قَوْلُ اثْنَيْنِ مِنَ الْقَافَةِ ، وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ مِنْهُمَا ، فَرَوَى عَنْهُ الْأَثَرُ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : إِذَا قَالَ أَحَدُ الْقَافَةِ : هُوَ هَذَا . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ هَذَا . قَالَ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ حَتَّى يَجْتَمِعَ اثْنَانِ فَيَكُونَانِ

قَوْمٌ فِيهِمْ أَبُوهُ أَوْ أَخُوهُ ؛ فَإِنْ أَحَقَّهُ بَقَرِيهِ ، عُرِفَتْ إِصَابَتُهُ ، وَإِنْ أَحَقَّهُ بغيرِهِ ، سَقَطَ قَوْلُهُ ، جَازَ . وَهَذِهِ التَّجَرُّبَةُ غِنْدُ عَرْضِهِ عَلَى الْقَافَةِ لِلِاخْتِيَاظِ فِي مَعْرِفَةِ إِصَابَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ تُجَرَّبْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِالْإِصَابَةِ ، وَصِحَّةِ الْمَعْرِفَةِ فِي مَرَّاتٍ كَثِيرَةٍ ، جَازَ .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ حُرِّيَّةُ الْقَائِفِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ« الْوَجِيز » ، وَ« الْمُتَوَسِّع » ، وَ« الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . ذَكَرُوهُ فِيمَا يَلْحَقُ مِنَ التَّنَسُّبِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَصَحُّ . وَقِيلَ : تُشْتَرَطُ حُرِّيَّتُهُ . جَزَمَ بِهِ الْقَاضِي ، وَصَاحِبُ « الْمُتَوَسِّعِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَذَكَرَهُ فِي « التَّرْغِيبِ » عَنْ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : الْأَكْثَرُونَ عَلَى أَنَّهُ كَحَاكِمٍ ، فَتُشْتَرَطُ حُرِّيَّتُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النُّظْمِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الزُّرْكَيْشِيِّ » . فَعَلِيَ الْأَوَّلُ ، يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، وَعَلَى الثَّانِي ، يَكُونُ^(١) بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ . وَجَزَمَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، أَنَّهُ تُعْتَبَرُ فِيهِ شُرُوطُ الشَّهَادَةِ .

فَوَالِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، يَكْفِي قَائِفٌ وَاحِدٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ

شاهدين . فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنه قولٌ يثبت به النسب ، أشبه الشهادة . ولأنه حكمٌ بالشبه في الخلقة ، فاعتبر فيه اثنان ، كالحكم بالمثل في جزاء الصيد . وقال القاضي : يُقبل قول الواحد ؛ لأنه حكم ، ويكفي في الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين ، فقال : إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا . ولأن النبي ﷺ اكتفى بقول مجزئ وحده . فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد ، فقولهما أولى ؛ لأنه أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين ، سقط قول الجميع . فإن عارض قول اثنين قول ثلاثة أو أكثر ، لم يرجح وسقط الجميع ، كما لو كانت إحدى البيتين اثنين ، والأخرى ثلاثة ، فأما إن ألحقته القافة بواحد ، فجاءت قافة أخرى [٢١٢/٥] فألحقته بآخر ، كان للأول ؛ لأن قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، إذا حكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره^(١) له ، وكذلك^(٢) لو ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره كذلك . وإن أقام الآخر بينة أنه ولده ، حكم له به وسقط قول القائف ؛ لأنه بدل ، فسقط بوجود الأصل ، كالتيثم مع الماء .

في رواية أنى طالب ، وإسماعيل بن سعيد . واختاره القاضي ، وصاحب الإنصاف « المستوعب » . وصححه في « النظم » . وقدمه في « الرعايتين » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « لذلك » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا ألحقتَه القافَةُ بكافرٍ أو رقيقٍ ، لم يُحكَمْ بكُفْرِهِ ولا رِقِّهِ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ والإِسْلَامَ ثَبَتَا له بظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الشَّبهِ والظَّنِّ ، كما لم يَزَلْ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُنفَرِدِ . وإنَّمَا قَبَلْنَا قَوْلَ القافَةِ فِي النَّسَبِ لِلحَاجَةِ إِلَى إثْبَاتِهِ ، وَلكُونِهِ غَيْرَ مُخَالِفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اكْتَفَيْنَا فِيهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُنفَرِدِ ، ولا حَاجَةَ إِلَى إثْبَاتِ رِقِّهِ وَكُفْرِهِ ، وإثْبَاتُهُمَا يُخَالِفُ الظَّاهِرَ .

و « الفروع » ، و « الحاوى الصغير » . وعنه ، يُشْتَرَطُ اثْنَانِ . نصُّ عليه ، في الإنصاف رواية محمد بن داود المصيصي ، والأثرم ، وجعفر بن محمد . وقدمه في « الفائق » ، و « شرح ابن رزين » . وأطلقهما في « القواعد الأصولية » ، والحارثي في « شرحه » ، و « الكافي » ، و « الزركشي » ، وظاهر « الشرح » الإطلاق . وخرج الحارثي الإكتفاء بقائفاً واحداً عند العدم ، من نصه على الإكتفاء بالطبيب والبيطار ، إذا لم يوجد سواه ، وأولى ؛ فإن القائف أعزُّ وجوداً منهما .

تنبيه : هذا الخلاف مَبْنِيٌّ ، عند كثير من الأصحاب ، على أَنَّهُ ؛ هل هو شاهدٌ أو حاكمٌ ؟ فإن قلنا : هو شاهدٌ . اعتبرنا العددَ ، وإن قلنا : هو حاكمٌ . فلا . وقال جماعة من الأصحاب : ليس الخلاف مَبْنِيًّا على ذلك ، بل الخلاف جارٍ ؛ سواء قلنا : القائف حاكمٌ . أو : شاهدٌ ؛ لأننا إن قلنا : هو حاكمٌ . فلا يمتنع التعدُّدُ في الحكمِ ، كما يُعتَبَرُ حاكِماً في جزاء الصيدِ ، وإن قلنا : شاهدٌ . فلا يمتنع شهادة الواحدِ ، كما في المَرَاقِ ، حيث قَبَلْنَا شَهَادَتَهَا وشهادة الطبيبِ ، والبيطارِ . وقالت طائفة من الأصحاب : هذا الخلاف مَبْنِيٌّ على أَنَّهُ شاهدٌ ، أو مُخْبِرٌ ؛ فإن جعلناه شاهداً ، اعتبرنا التعدُّدَ ، وإن جعلناه مُخْبِراً ، لم نعتبر التعدُّدَ ، كالجبر في الأمور

فصل : لو ادَّعى نَسَبَ اللَّيْطِ إِنْسَانٌ ، فَأَلْحَقَ نَسَبُهُ بِهِ ؛ لِانْفِرَادِهِ بِالدَّعْوَى ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَادَّعَاهُ ، لَمْ يَزُلْ نَسَبُهُ عَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ بِهِ ، فَلَا يَزُولُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِهِ الْقَافَةُ ، لِحَقِّ بِهِ وَانْقِطَعَ عَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ فِي إلْحَاقِ النَّسَبِ ، فَيَزُولُ بِهَا الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كَالشَّهَادَةِ .

الدَّيْنِيَّةُ . الثَّانِيَةُ ، الْقَائِفُ كَالْحَاكِمِ . عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَ « الْحَارِنِيِّ » ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَقِيلَ : هُوَ كَالشَّاهِدِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَأَكْثَرُ مَسَائِلِ الْقَائِفِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ . الثَّالِثَةُ ، هَلْ يُشْتَرَطُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْقَائِفِ ؟ قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، بَعْدَ الْقَوْلِ بِإِغْتِيَابِ الْاِثْنَيْنِ : وَيُعْتَبَرُ مِنْهُمَا لَفْظُ الشَّهَادَةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ إِذْ مِنْ أَصْلِنَا قَبُولُ شَهَادَةِ الْوَاحِدِ فِي مَوَاضِعَ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ . اِنْتَهَى . قُلْتُ : فِي تَنْظِيرِهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ نَقَلَ عَنْ الْأَصْحَابِ ؛ كَصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ ، إِنَّمَا نَقَلُوا ذَلِكَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُ أَنَّهُ قَالَ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ ، حَتَّى يَجْتَمِعَ اثْنَانِ ، فَيَكُونَا شَاهِدَيْنِ . وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنَ الْقَافَةِ ، أَنَّهُ لِهَذَا ، فَهُوَ لَهُ . وَكَذَا قَالَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ دَاوُدَ الْمَصْيُصِيِّ . فَالَّذِي نَقَلَ ذَلِكَ ، قَالَ : يُعْتَبَرُ مِنَ الْاِثْنَيْنِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ . وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلنَّصِّ ، وَلَا يَلِزُّ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي الْوَاحِدِ ، وَلَا عَدَمُهُ ، غَايَتُهُ أَنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى النَّصِّ ، فَلَا اغْتِرَاضَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » : لَا يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَلَوْ كَانَا اثْنَيْنِ ، كَمَا فِي الْمُقَوِّمَيْنِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ عَارِضَ قَوْلُ اثْنَيْنِ قَوْلَ ثَلَاثَةٍ فَأَكْثَرُ ، أَوْ تَعَارَضَ اثْنَانِ ، سَقَطَ الْكُلُّ ، وَإِنْ اتَّفَقَ اثْنَانِ ، وَخَالَفَ ثَالِثٌ ،

أُخِذَ بِقَوْلِ الْاِثْنَيْنِ . نَصُّ عَلَيْهِ ، وَلَوْ رَجَعَا ، فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، لَحَقَّ بِالْآخَرِ .
 قَالَ فِي « الْمُتَنَحَّبِ » : وَمِثْلُهُ يَطَارَانِ وَطَلَبِيَانِ ، فِي غَيْبِ . الْخَامِسَةُ ، يُعْمَلُ بِالْقَافَةِ
 فِي غَيْرِ بُنُوَّةٍ ، كَأُخُوَّةٍ وَعُمُومَةٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَعِنْدَ أَيْ خَطَّابٍ ، لَا يُعْمَلُ بِهَا
 فِي غَيْرِ الْبُنُوَّةِ ، كَأَخْبَارِ رَاعٍ بِشَبَّهِ . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، فِي التَّفْرِقَةِ بَيْنَ
 الْوَلَدِ وَالْفَصِيلِ : لِأَنَّا وَقَفْنَا عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ ، وَلِتَأْكُدِ النَّسَبَ ، لثَبُوتِهِ مَعَ
 السُّكُوتِ . السَّادِسَةُ ، نَفَقَةُ [٢٣٨/٢] الْمَوْلُودِ عَلَى الْوَاطِئَيْنِ ؛ فَإِذَا لَحِقَ
 بِأَحَدِهِمَا ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ بِنَفَقَتِهِ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، وَحَنَبِلٌ ، أَرَى الْقُرْعَةَ ، وَالْحُكْمَ
 بِهَا . يُرْوَى عَنْهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، أَنَّهُ أَقْرَعَ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ ، فَذَكَرَ
 مِنْهَا ؛ إِقْرَاعٌ عَلَى فِي الْوَلَدِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ وَقَعُوا عَلَى الْأُمَةِ فِي طَهْرٍ وَاجِدٍ ، وَلَمْ
 يُرْ هَذَا فِي زَوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، لِاضْطِرَابِهِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَيْمِ فِي « الْهَدْيِ » : الْقُرْعَةُ
 تُسْتَعْمَلُ عِنْدَ فَقْدَانِ مُرَجِّحٍ سِوَاهَا ؛ مِنْ يَبْنَةِ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، أَوْ قَافَةٍ . قَالَ : وَلَيْسَ
 بِبَعِيدٍ تَعْيِينَ الْمُسْتَحَقِّ فِي هَذِهِ الْحَالِ بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا غَايَةُ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ مِنْ تَرْجِيحِ
 الدَّعْوَى ، وَلَهَا دُخُولٌ فِي دَعْوَى الْأَمْلاكِ الَّتِي لَا تُثَبِّتُ بِقَرِينَةٍ ، وَلَا أَمَارَةٍ ، فَدُخُولُهَا
 فِي النَّسَبِ الَّذِي يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الشَّبَهِ الْخَفِيِّ الْمُسْتَنَدِ إِلَى قَوْلٍ قَائِفٍ أَوْ لَى .

كِتَابُ الْوَقْفِ

وَهُوَ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ .

الشرح الكبير

كِتَابُ الْوَقْفِ

(وهو تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ) وهو مُسْتَحَبٌّ . والأصل فيه ما رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، قال : أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْذِنُهُ فِيهَا ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَالًا أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهِ ؟ قال : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يَتَنَافَعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قال : فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّيْفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلَّيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ .

الإنصاف

كِتَابُ الْوَقْفِ

قوله : وهو تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ . وكذا قال في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال الزركشي : وأراد من حَدِّ بهذا الحَدِّ ، مع شروطه الْمُعْتَبَرَةِ ، وأدخل غيرهم الشروط في الحَدِّ . انتهى . وقال في « المطلع » : وَحَدُّ

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ ؛ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ [٢١٢/٥ ط] يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) .

فصل : والقولُ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ السَّلَفِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ . قَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إِلَّا وَقَفَ . وَلَمْ يَرَهُ شُرَيْحٌ ، وَقَالَ : لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ . قَالَ أَحْمَدُ : هَذَا مَذْهَبُ أَهْلِ الْكُوفَةِ . وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ خَالَفَهُ ، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْحُكْمِ مَعَ صِحَّتِهِ ، وَقَوْلُ جَابِرٍ نَقْلٌ لِلْإِجْمَاعِ ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ .

الْمُصَنَّفُ لَمْ يَجْمَعْ شُرُوطَ الْوَقْفِ ، وَحَدَّهُ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : تَخْيِيسُ مَالِكٍ مُطْلَقُ التَّصَرُّفِ مَالَهُ الْمُتَّنَفِّعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، بِقَطْعِ تَصَرُّفِ الْوَاقِفِ فِي رَقَبَتِهِ ، يُصَرَّفُ رِيعُهُ إِلَى جِهَةٍ بَرٍّ ؛ تَقَرُّبًا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . انْتَهَى . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَقْرَبُ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢٦٠/٣ ، ١١/٤ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، ١٢٥٦ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٥/٢ . . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٣/٦ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحباس . المجتبى ١٩١/٦ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢/٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٦١/٦ .

وَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ ؛ ^{المقنع} مِثْلُ أَنْ يَنْتَنِي مَسْجِدًا وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ يَجْعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَيَأْذَنُ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَهَا لَهُمْ .
وَالْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ .

٢٥٥٣ - مسألة : (وفيه روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ ^{الشرح الكبير} وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَنْتَنِي مَسْجِدًا وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ يَجْعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَيَأْذَنُ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَهَا لَهُمْ)
ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِالْفِعْلِ مَعَ الْقَرَائِنِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَأَبْنَى طَالِبٍ ، فِي مَنْ أَدْخَلَ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ وَأَذِنَ فِيهِ : لَمْ يَرْجَعْ فِيهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا اتَّخَذَ الْمَقَابِرَ وَأَذِنَ لِلنَّاسِ ، وَالسَّقَايَةَ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . (و) الرُّوَايَةُ (الْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ) ذَكَرَهَا الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .
وَأَخَذَهُ الْقَاضِي مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ ، إِذْ سَأَلَهُ الْأَثَرُ عَنْ رَجُلٍ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ لِيَجْعَلَهَا مَقْبَرَةً ، وَنَوَى بَقْلِهِ ، ثُمَّ بَدَّلَهُ الْعَوْدُ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا

الْحُدُودُ فِي الْوَقْفِ ، أَنَّهُ كُلُّ غَيْرٍ تَجُوزُ عَارِئَتُهَا . فَأَدْخَلَ فِي حُدُودِهِ أَشْيَاءَ كَثِيرَةً لَا يَجُوزُ ^{الإيضاح} وَقْفُهَا عِنْدَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَالْأَصْحَابِ ، يَأْتِي حُكْمُهَا .

قوله : وفيه روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ . كَمَا مِثْلُ بِهِ الْمُصَنَّفُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنْ يَقَادُ الْوَقْفُ

لِللَّهِ فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا لَا يُنَافِي الرُّوَايَةَ الْأُولَى ، فَإِنَّهُ إِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لِلَّهِ . أَيْ نَوَى بِتَحْوِيلِهَا جَعَلَهَا لِلَّهِ ، فَهَذَا تَأْكِيدٌ لِلرُّوَايَةِ الْأُولَى وَزِيَادَةٌ عَلَيْهَا ، إِذْ مَنَعَهُ مِنَ الرُّجُوعِ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ مَعَ النِّيَّةِ ، وَإِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : جَعَلَهَا لِلَّهِ . أَيْ اقْتَرَنْتَ بِفِعْلِهِ قَرَأَيْنُ دَلَّةً عَلَى إِرَادَةِ ذَلِكَ مَعَ إِذْنِهِ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، فَهُوَ الرُّوَايَةُ الْأُولَى بَعْنِهَا ، وَإِنْ أَرَادَ : إِذَا وَقَفَ بِقَوْلِهِ . فَيَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ وَالتَّيَّةِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِي الرُّوَايَةَ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأُولَى انْضَمَّ إِلَى فِعْلِهِ إِذْنُهُ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا ، فَلَا تَنَافٍ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ مُرَادُهُ مِنْ [٢١٣/٥] هَذِهِ الْاِحْتِمَالَاتِ ، فَانْتَفَتَ هَذِهِ الرُّوَايَةُ ، وَصَارَ الْمَذْهَبُ رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ هَذَا تَحْيِيسٌ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ بَدْوَنَ اللَّفْظِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِذَلِكَ ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْوَقْفِ ، فَجَازَ أَنْ يُثَبَّتَ بِهِ ، كَالْقَوْلِ ، وَجَرَى

الإنصاف به ، وعليه الأصحاب . انتهى . وجزم به في « الجامع الصغير » ، و « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » لِلْقَاضِي ، و « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » لِأَبِي الْخَطَّابِ ، و « الْكَافِي » ، و « الْعُمْدَةِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَالرُّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ وَحْدَهُ ، كَمَا مَثَّلَ الْمُصَنِّفُ . ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَاخْتَارَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَازِيُّ . وَمَنَعَ الْمُصَنِّفُ دَلَالَتَهَا ، وَجَعَلَ الْمَذْهَبَ رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَكَذَلِكَ الْحَارِثِيُّ .

(١) في : المغنى ٨/ ١٩٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مَجْرَى مَنْ قَدَّمَ إِلَى ضَيْفِهِ طَعَامًا كَانَ إِذْنًا فِي أَكْلِهِ ، وَمَنْ مَلَأَ خَابِيَةَ مَاءٍ عَلَى الطَّرِيقِ كَانَ تَسْبِيلًا لَهُ ، وَمَنْ نَثَرَ نِتَارًا كَانَ إِذْنًا فِي أَخْذِهِ ، كَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ وَاسْتِعْمَالُ مَائِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مُبَاحٌ بِدَلَالَةِ الْحَالِ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ ، وَكَذَلِكَ الْهَبَةُ وَالْهَدِيَّةُ ؛ لِذَلِكَ الْحَالِ ، كَذَلِكَ هَذَا . وَأَمَّا الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَلَمْ تَجْرُ بِهِ عَادَةٌ بِغَيْرِ لَفْظٍ ، وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ أَوْ ذَلَّتِ الْحَالُ عَلَيْهِ ، كَانَ كَمَسْأَلَتِنَا .

فائدة : قال في « الْمُطْلِع » : السَّقَايَةُ ، بِكَسْرِ السَّيْنِ ، الْمَوْضِعُ الَّذِي يُتَّخَذُ فِيهِ الشَّرَابُ فِي الْمَوَاسِمِ وَغَيْرِهَا . عَنْ ابْنِ عَبَّادٍ ^(١) ، قَالَ : وَالْمُرَادُ هُنَا بِالسَّقَايَةِ ؛ الْبَيْتُ الْمَبْنِيُّ لِقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، سُمِّيَ بِذَلِكَ تَشْبِيهًا بِذَلِكَ . قَالَ : وَلَمْ أَرَهُ مَنصُوصًا عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ اللُّغَةِ وَالْعَرَبِ ، إِلَّا بِمَعْنَى مَوْضِعِ الشَّرَابِ ، وَبِمَعْنَى الصُّوَاعِ . انْتَهَى . قَالَ الْخَارِثِيُّ : أَرَادَ بِالسَّقَايَةِ مَوْضِعَ التَّطَهُّرِ وَقَضَاءِ الْحَاجَةِ ، بِقَيْدِ وُجُودِ الْمَاءِ . قَالَ : وَلَمْ أَجِدْ ذَلِكَ فِي كُتُبِ اللُّغَوِيِّينَ ، وَإِنَّمَا هِيَ عِنْدَهُمْ مَقُولَةٌ بِالِاشْتِرَاكِ عَلَى الْإِنَاءِ الَّذِي يُسْقَى بِهِ ، وَعَلَى مَوْضِعِ السَّقْيِ ، أَيْ الْمَكَانِ الْمُتَّخَذِ بِهِ الْمَاءُ . غَيْرَ أَنَّ هَذَا يُقَرَّبُ مَا أَرَادَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ : وَشَرَعَهَا . أَيْ فَتَحَ بَابَهَا . وَقَدْ يُرِيدُ بِهِ مَعْنَى الْوُرُودِ . انْتَهَى . قُلْتُ : لَعَلَّهُ أَرَادَ أَعْمَ مِمَّا قَالَا ، فَيَدْخُلُ فِي كَلَامِهِ : لَوْ وَقَفَ خَابِيَةَ لِلْمَاءِ عَلَى الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ ، وَبَنَى عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ ذَلِكَ تَسْبِيلًا لَهُ . وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمَعْنَى » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : لَوْ وَقَفَ سَقَايَةً ، مَلَكَ الشَّرْبَ مِنْهَا ، لَكِنْ يَرُدُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ : وَيَشْرَعُهَا لَهُمْ .

(١) هو إسماعيل بن عباد بن عباس الطالقاني ، أبو القاسم المعروف بالصاحب ، الوزير الكبير العلامة الأديب الكاتب وزير الملك مؤيد الدولة بويه ، له تصانيف منها « المحيط » في اللغة ، و « الإمامة » . توفي سنة خمس وثمانين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٦/٥١١ - ٥١٤ .

وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَلْتُ . وَكِتَابَتُهُ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِالْكِتَابَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ، أَوْ يَقْرَنَ بِهَا أَحَدَ الْأَلْفَافِ الْبَاقِيَةِ ، أَوْ حُكْمَ الْوَقْفِ ، فَيَقُولَ : تَصَدَّقْتُ

٢٥٥٤ - مسألة : (وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَسَبَلْتُ ، وَحَبَسْتُ) فَمَتَى أَتَى بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا ، صَارَ وَقْفًا مِنْ غَيْرِ انْضِمَامِ أَمْرٍ زَائِدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانْضَمَّ إِلَى ذَلِكَ عُرْفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَلْتَ ثَمَرَتَهَا »^(١) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي الْوَقْفِ كَلْفَظِ التَّطْلِيقِ فِي الطَّلَاقِ . وَالْكِتَابَةُ (تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ) فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ وَالتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمِ يُسْتَعْمَلُ فِي الظَّهَارِ وَالْإِيمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَلْفَافِ عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِتَابَاتِ

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : مِثْلُ أَنْ يَنْبِيَّ مَسْجِدًا - أَيْ يَنْبِيَّ بَنِيَانًا عَلَى هَيْئَةِ الْمَسْجِدِ - وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ . أَيْ إِذْنًا عَامًّا ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ الْخَاصَّ قَدْ يَقَعُ عَلَى غَيْرِ الْمَوْقُوفِ ، فَلَا يُفِيدُ دَلَالََةَ الْوَقْفِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ .

قَوْلُهُ : وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَلْتُ . وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، صَرِيحٌ فِي الْوَقْفِ ، بَلَا نِزَاعٍ ، وَهَما مُتَرَادِفَانِ عَلَى مَعْنَى الْأَشْتِرَاكِ فِي الرِّقْعَةِ عَنِ التَّصَرُّفَاتِ

(١) تقدم تخريجه في حديث عمر في صفحة ٣٦٢ .

صَدَقَّةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، [١٥٣] أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ ، أَوْ الْمُفْتَعِ
مُؤَبَّدَةٌ ، أَوْ لَا تَبَاغُ ، وَلَا تَوْهَبُ ، وَلَا تُورَثُ .

الظَّاهِرُ . فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ الْوَقْفُ بِهَا ؛ أَحَدُهَا ،
أَنْ يَنْوِيَ الْوَقْفَ ، فَيَكُونَ عَلَى مَا نَوَى ، إِلَّا أَنَّ النَّيَّةَ تَجْعَلُهُ وَقْفًا فِي الْبَاطِنِ
دُونَ الظَّاهِرِ ؛ لِعَدَمِ الْأُطْلَاعِ عَلَيْهَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا نَوَاهُ ، لَزِمَ فِي
الْحُكْمِ ؛ لظُّهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ
بِمَا نَوَى . الثَّانِي ، أَنْ يُضِيفَ إِلَيْهَا لَفْظَةً تُخَلِّصُهَا مِنَ الْأَلْفَاظِ الْخَمْسَةِ ،
(فَيَقُولُ : صَدَقَّةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ ، أَوْ
مُحَرَّمَةٌ) أَوْ يَقُولُ : هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ
مُؤَبَّدَةٌ . الثَّالِثُ ، [٢١٣/٥] أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَّةٌ
(لَا تَبَاغُ ، وَلَا تَوْهَبُ ، وَلَا تُورَثُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةُ تُزِيلُ الْأَشْتِرَاكَ .

الْمُرْتَبِلَةَ لِلْمِلْكِ . وَأَمَّا سَبَلْتُ ، فَصَرِيحَةٌ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَيْسَ صَرِيحًا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ
وَالسَّلَامِ : « حَبَسَ الْأَصْلَ ، وَسَبَلَ الثَّمَرَةَ »^(١) . غَايِرَ بَيْنَ التَّحْيِيسِ ،
وَالْتَنْسِيلِ ، فَاِئْتَنَعَ كَوْنُ أَحَدِهِمَا صَرِيحًا فِي الْآخَرِ . وَقَدْ عَلِمَ كَوْنُ الْوَقْفِ هُوَ
الْإِنْسَاكُ فِي الرِّقْعَةِ عَنْ أَسْبَابِ التَّمْلُكَاتِ . وَالتَّنْسِيلُ إِطْلَاقُ التَّمْلِكِ ، فَكَيْفَ يَكُونُ
صَرِيحًا فِي الْوَقْفِ ؟ انْتَهَى .

(١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَبْسِ الْمَشَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْبَاسِ . الْمَجْلَدِ ٦ / ١٩٣ ، ١٩٤ . وَابْنُ مَاجَةَ ،
فِي : بَابِ مَنْ وَقَفَ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٠ / ٢ .

قوله : وكنائيه : تصدقت . وحرمت . وأبذت . أمّا تصدقت ، وحرمت ، فكناية فيه ، بلا خلاف أعلمه . وأمّا أبذت ، فالصحيح من المذهب أنها من ألفاظ الكناية ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به الأكثر . وذكر أبو الفرج ، أن أبذت . صريح فيه .

قوله : فلا يصح الوقف بالكناية إلا أن ينويه - بلا نزاع - أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية - يعنى الألفاظ الخمسة من الصريح والكناية - أو حكم الوقف ، فيقول [٢/ ٢٣٨ ظ] : تصدقت صدقة موقوفة ، أو محبسة ، أو مسيلة ، أو محرمة ، أو مؤبدة ، أو لا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث . وهذا الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وذكر أبو الفرج أن قوله : صدقة موقوفة ، أو مؤبدة ، أو لا تباع . كناية . وقال الحارثي : إضافة التيسيل بمجرده إلى الصدقة لا يفيد زوال الاشتراك ، فإن التيسيل إنما يفيد ما يفيد الصدقة ، أو بعضه ، فلا يفيد معنى زائدا . وكذا لو اقتصر على إضافة التأييد إلى التخريم ، لا يفيد الوقف ؛ لأن التأييد قد يراد به دوام التخريم ؛ فلا يخلص اللفظ عن الاشتراك . قال : وهذا الصحيح . انتهى .

وقد قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو جعل علو نيته أو سقله مسجدا ، صح . وكذا لو جعل وسط داره مسجدا ، ولم يذكر الاستطراق ، صح كالبيع . قال في « القروع » : فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود ، وهو أظهر على أصلنا ، فيصح ، جعلت هذا للمسجد ، أو في المسجد ونحوه . وهو ظاهر نصوصه . وصح في رواية يعقوب وقف من قال : قرئتي التي بالثغر لموا الى الذين به ، ولأولادهم . وقاله شيخنا ، وقال : إذا قال واحد ، أو جماعة : جعلنا هذا المكان مسجدا ، أو وقفا . صار مسجدا ووقفا بذلك ، وإن لم يكملوا عمارته .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ
بِئُغْمِهَا وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ؛ كَالْعَقَارِ ،
وَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٥ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ) الْوَقْفُ (إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛
أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بِئُغْمِهَا وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ
عَيْنِهَا ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالْعَقَارِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ) وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ

وَإِذَا قَالَ كُلُّ مِنْهُمْ : جَعَلْتُ مِلْكِي لِلْمَسْجِدِ . أَوْ فِي الْمَسْجِدِ . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، صَارَ
بِذَلِكَ حَقًّا لِلْمَسْجِدِ . انْتَهَى .

فَالْتَدَتَان ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِأَرْضِي عَلَى فُلَانٍ ، وَذَكَرْتُ مُعَيَّنًا ، أَوْ
مُعَيَّنِينَ ، وَالتَّطَرُّقُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي ، أَوْ لِفُلَانٍ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ لِفُلَانٍ . كَانَ مُفِيدًا لِلْوَقْفِ .
وَكَذَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَى فُلَانٍ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، أَوْ عَلَى فُلَانٍ . أَوْ :
تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَى قَبِيلَةٍ كَذَا ، أَوْ طَائِفَةٍ كَذَا . كَانَ مُفِيدًا لِلْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُسْتَعْمَلُ
فِيمَا عَدَاهُ ، فَالشَّرَكَةُ مُنْتَفِيَةٌ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى فُلَانٍ . ثُمَّ قَالَ
بَعْدَ ذَلِكَ : لَرَدْتُ الْوَقْفَ . وَلَمْ يُصَدِّقْهُ فُلَانٌ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الْمُتَصَدِّقِ فِي الْحُكْمِ ؛
لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ . قُلْتُ : فَبُعَاثِي بِهَا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بِئُغْمِهَا ،
وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا . يَعْنِي ، فِي الْعُرْفِ ، كَالْإِجَارَةِ . وَهَذَا
الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاعْتَبَرَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَازِي بَقَاءَ مُتَطَاوِلًا ، أَذْنَاهُ عُمُرُ
الْحَيَوَانِ .

قوله : كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ . أَمَّا وَقْفٌ غَيْرُ الْمَنْقُولِ ،

الذى يَصِحُّ وَقْفُهُ ما جاز يَبْعُهُ مع بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وكان أَصْلًا يَبْقَى بَقَاءً مُتَّصِلًا ؛ كالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قال أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّوَرِ وَالْأَرْضَيْنِ ، عَلَى مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وقال فِي مَنْ وَقَفَ خَمْسَ نَحْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ : لَا بَأْسَ بِهِ . وهذا قولُ الشافعي . وقال أَبُو يُوسُفَ : لَا يَجُوزُ وَقْفُ الْحَيَوَانِ ، وَلَا الرِّقَيقِ ، وَلَا الْعُرُوضِ إِلَّا الْكُرَاعُ^(١) ، وَالسَّلَاحُ ، وَالْغُلَمَانُ ، وَالْبَقَرُ ، وَالْآلَةُ فِي الْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ تَبَعًا لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا حَيَوَانٌ لَا يُعَاتَلُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزْ وَقْفُهُ ، كَمَا لو كان الْوَقْفُ إِلَى مُدَّةٍ . وعن مالِكٍ فِي الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ رِوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَمَّا خَالِدُ فَإِنَّهُ قَدْ احْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) ، وَفِي رِوَايَةٍ أُعْتَدُهُ .

فَيَصِحُّ بِلَا نِزَاعٍ . وَأَمَّا وَقْفُ الْمَنْقُولِ ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَنَحْوِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ وَقْفِهَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ وَقْفُ غَيْرِ الْعَقَارِ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ ، وَحَنَبِلٍ . وَمَنْعٌ

(١) الْكُرَاعُ : اسمٌ يَجْمَعُ الْحَيْلَ وَالسَّلَاحَ .

وَفِي الْمَغْنَى ٢٣٢/٨ . « وَلَا الْكُرَاعُ » . وَمَا هُنَا يُوَافِقُ مَا حَكَاهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ ٢١٦/٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ مَا قِيلَ فِي دِرْعِ النَّبِيِّ ﷺ ... ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥١/٢ ، ٤٩/٤ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي تَقْدِيمِ الزَّكَاةِ وَمَنْعِهَا ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٦٧٧/٢ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي تَعْجِيلِ الزَّكَاةِ . مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٧٦/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ إِعْطَاءِ السَّيِّدِ الْمَالَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُصَدِّقِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمُجْتَمِعُ ٢٤/٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٢٢/٢ .

أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قَالَ الْخَطَّابِيُّ^(١) : الْأَعْتَادُ مَا يُعِدُّهُ الرَّجُلُ مِنْ مَرْكُوبٍ وَسِلَاحٍ وَآلَةِ الْجِهَادِ . وَرُوي أَنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، أَفَأَرْكَبُهُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ارْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٢) . وَلَأنَّهُ يَحْصُلُ فِيهِ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَصَحَّ وَقَفُّهُ ، كَالْعَقَارِ وَالْفَرَسِ الْحَيِّسِ ، أَوْ نَقُولُ : يَصِحُّ وَقْفُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ وَحْدَهُ ، كَالْعَقَارِ .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رجل له دار في الرُّبْضِ^(٣) ، أَوْ قَطِيعَةٍ ، فَأَرَادَ التَّنْزُّهُ مِنْهَا ، قَالَ : يَقِفُهَا . وَقَالَ : الْقَطَائِعُ تَرْجَعُ إِلَى الْأَصْلِ . أَرَادَ^(٤) جَعْلَهَا لِلْمَسَاكِينِ . فظَاهِرُ هَذَا إِبَاحَةُ وَقْفِ السَّوَادِ ، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ وَقْفٌ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ وَقْفَهَا يُطَابِقُ الْأَصْلَ ، لِأَنَّهَا تَصِيرُ بِهَذَا الْقَوْلِ وَقْفًا .

الْحَارِثِيُّ دَلَالَةُ هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، وَجَعَلَ الْمَذْهَبَ رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، لَا الْإِنْصَافَ بِجَوَازِ وَقْفِ السَّلَاحِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ : وَقَالَ فِي « الْإِرْشَادِ » : لَا يَصِحُّ وَقْفُ الْقِيَابِ .

(١) في : معالم السنن ٥٣/٢ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٣) الرُّبْضُ هُنَا : مَا حَوْلَ الْمَدِينَةِ مِنْ أَرْضٍ قُضَاءَ .

(٤) هَكَذَا فِي النِّسْخِ ، وَفِي الْمَغْنَى ٢٣٣/٨ ، وَالْمُدْعَى ٣١٦/٥ « إِذَا » .

المقنع وَيَصِيحُ وَقَفُ الْمُشَاعِرِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٦ - مسألة : (وَيَصِيحُ وَقَفُ الْمُشَاعِرِ) وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف [٢١٤/٥] وقال محمد بن الحسن : لَا يَصِيحُ . وبناء على أصله في أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ ، وهو لَا يَصِيحُ فِي الْمُشَاعِرِ . ولنا ، أَنَّ فِي حَدِيثِ عُمَرَ ، أَنَّهُ أَصَابَ مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ ، فَاسْتَأْذَنَ النَّبِيُّ ﷺ فِيهَا ، فَأَذِنَ لَهُ فِي وَقْفِهَا . وهذا صِفَةُ الْمُشَاعِرِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ عَلَى بَعْضِ الْجُمْلَةِ مُفْرَدًا ، فَجَازَ عَلَيْهِ مُشَاعًا ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ فِي الْمُشَاعِرِ كَحُصُولِهِ فِي الْمُفْرَدِ ^(١) ، وَلَا نُسَلِّمُ اغْتِيَارَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَهُوَ يَصِيحُ فِي الْوَقْفِ كَمَا يَصِيحُ فِي الْبَيْعِ .

الإنصاف

قوله : وَيَصِيحُ وَقَفُ الْمُشَاعِرِ . هذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب قاطبة . وفي طريقة بعض الأصحاب ، ويتوجه من عدم صحة إجازة المشاعر ، عدم صحة وقفه .

فائدة : قال في « الفروع » : يتوجه أَنَّ الْمُشَاعِرَ لو وقفه مسجداً ، ثبت فيه حُكْمُ الْمَسْجِدِ فِي الْحَالِ ، فَيُمْنَعُ مِنَ الْجُنُبِ ، ثُمَّ الْقِسْمَةُ مُتَعَيَّنَةٌ هُنَا ؛ لِتَعَيُّنِهَا طَرِيقًا لِلِاتِّفَاعِ بِالْمَوْقُوفِ . انتهى . وكذا ذكره ابن الصلاح ^(٢) .

(١) في م : « المقرر » .

(٢) عثمان بن صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان الكردى الشهرزورى ، الشافعى ، أبو عمرو . الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام ، وصاحب كتاب « علوم الحديث » . توفى سنة ثلاث وأربعين وستائة . سير أعلام النبلاء ٢٣/١٤٠ - ١٤٤ .

وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلِيِّ عَلَى اللَّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ .
المفنع

الشرح الكبير

فصل : وإن وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين ؛ نصفين ، أو أثلاثا ، أو كيفما كان ، جاز . وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى^(١) المساكين ، أو على جهة سواهم ؛ لأنه إذا جاز وقف الجزء مفردا ، جاز وقف الجزأين . وإن أطلق الوقف ، فقال : وقفت دارى هذه على أولادى ، وعلى المساكين . فهى بينهما نصفين ؛ لأن إطلاق الإضافة إليهما يقتضى التسوية بين الجهتين ، ولا تتحقق إلا بالتتصيف . وإن قال : وقفتها على زيد وعمرو والمساكين . فهى بينهم أثلاثا .

٢٥٥٧ - مسألة : (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلِيِّ عَلَى اللَّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ) لأن ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الأجرة عليه ، فصَحَّ الوقف عليه ، كوقف السلاح في سبيل الله ، ولما روى نافع ، قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا ، فحبسته على نساء آل الخطاب ، فكانت لا تخرج

قوله : وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلِيِّ لِلْبَسِ ، والعارية . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . قال المصنف وغيره : هذا المذهب . قال الحارثي : هذا الصحيح . وذكره صاحب « التلخيص » عن عامة الأصحاب ، واختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، في آخرين ، ونقلها الخرفي ، وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » في الحلّى وغيره . وعنه ، لا يصح . اختاره ابن أبي موسى ، ذكره الحارثي . وتأولها القاضي ، وابن عقيل .

(١) في النسخ : « على » ، والمثبت من المعنى ٢٣٣/٨ .

المقنع وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِي الذِّمَّةِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَدَارٍ ،

الشرح الكبير

زَكَاتِهِ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ^(١) . وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَائِهَا دَائِمًا ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ . وَأَنْكَرَ الْحَدِيثَ عَنْ حَفْصَةَ فِي وَقْفِهِ . وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ التَّحْلِيَّ لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ مِنَ الْأَثْمَانِ ، فَلَمْ يَصِحَّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَالتَّحْلِيَّ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمُهِمَّةِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُتَّخِذِهِ ، وَجَوَّزَ إِجَارَتَهُ لَذَلِكَ . وَيُفَارِقُ الدَّرَاهِمَ وَالِدَّنَانِيرَ ، فَإِنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِبْ بِالتَّحْلِيِّ بِهَا ، وَلَا اعْتَبَرَ الشَّرْعُ ذَلِكَ فِي إِسْقَاطِ زَكَاةٍ ، وَلَا ضَمَانٍ نَفْعِهِ فِي الْعَصَبِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

٢٥٥٨ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِي الذِّمَّةِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَدَارٍ)
وسلاح غير مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِبْطَالٌ لِمَعْنَى الْمِلْكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي
غير مُعَيَّنٍ ، كَالْعَتَقِ .

الإيضاح

قال في « التَّلْخِيسِ » : وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ مُبَيَّنَّةٌ عَلَى مَا حَكَّيْنَاهُ عَنْهُ فِي الْمَنْعِ فِي وَقْفِ
الْمَنْقُولِ . وَأَطْلَقْنَاهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ » .

فائدة : لَوْ أَطْلَقَ وَقْفَ الْحَلِيِّ ، لَمْ يَصِحَّ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْفَاتِقِ » . قُلْتُ : لَوْ
قِيلَ بِالصَّحَّةِ ، وَيُضَرَفُ إِلَى اللَّيْسِ وَالْعَارِيَةِ ، لَكَانَ مُتَّجِهَاً ، وَلَهُ نَظَائِرُ .

(١) قال في الإرواء ٣٤/٦ : لَمْ أَقِفْ عَلَى إِسْنَادِهِ .

وَلَا غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَأَحَدِ هَذَيْنِ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛
كَأَمُّ الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ ،
المقنع

الشرح الكبير

٢٥٥٩ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ في (غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كأحدِ هذينِ)
العَبْدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ ،
كَالْهَبَةِ .

٢٥٦٠ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ كَأَمُّ
الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ) وَالْمَرْهُونِ ، وَكَذَلِكَ الْخِزْيَرُ ، وَسَائِرُ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ
الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحُ الطَّيْرِ الَّتِي لَا يُصَادُهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ
فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ
الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ مُبَاحَةٌ فَلَا يَخْصُلُ فِيهِ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ
أَيْبَحُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَسُّعُ فِيهَا ،
وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ
وَقْفُ الْحَمْلِ الْمُنْفَرِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

قوله : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ . هذا المذهب بلا ريب ،
وعليه الأصحاب . وقال في « التَّلْخِصِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، كَالْعَتَقِ . وَنَقَلَ
جَمَاعَةٌ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ وَقَفَ دَارًا ، وَلَمْ يَحُدَّهَا ، قَالَ : يَصِحُّ ، وَإِنْ لَمْ يَحُدَّهَا ،
إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . فَعَلِيَ الصَّحَّةُ ، يَخْرُجُ الْمُتَبَهُمُ
بِالْقُرْعَةِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الرِّعَايَةِ » ، وَغَيْرُهُمَا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ كَأَمُّ الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ . أَمَّا الْوَلَدُ ،
فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا . قَطَعَ بِهِ فِي

« الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوع » ،
وغيرهم . وقيل : يَصِحُّ . قاله في « الْفَاتِي » . [٢٣٩/٢] وأُطْلِقَهُمَا في « الرَّعَايَةِ
الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قُلْتُ : فَلَعَلَّ مُرَادَ الْقَائِلِ بِذَلِكَ إِذَا قِيلَ بِجَوَازِ
بَيْعِهَا ، أَوْ أَنَّهُ يَصِحُّ مَا دَامَ سَيِّدُهَا حَيًّا ، عَلَى قَوْلِي يَأْتِي . ثُمَّ وَجَدْتُ صَاحِبَ « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » قَالَ : وَفِي أُمِّ الْوَلَدِ وَجْهَانِ ، قُلْتُ : إِنْ صَحَّ بَيْعُهَا ، صَحَّ وَقْفُهَا ، وَإِلَّا
فَلَا . انْتَهَى . لَكِنْ يَتَّبِعِي عَلَى هَذَا أَنَّ يَصِحُّ وَقْفُهَا ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَقِيٍّ
الدِّينِ ، يَصِحُّ وَقْفُ مَنَافِعِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي حَيَاتِهِ .

فَالْتَدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمُكَاتَبُ ؛ إِنْ قِيلَ بِمَنْعِ بَيْعِهِ ، فَكَأَمُّ
الْوَلَدِ ، وَإِنْ قِيلَ بِالْجَوَازِ ، كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ ، فَمُقْتَضَى ذَلِكَ صِحَّةُ وَقْفِهِ ، وَلَكِنْ
إِذَا أَدَّى ، هَلْ يُبْطَلُ الْوَقْفُ ؟ يَحْتَاجُ إِلَى نَظَرٍ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، حُكْمُ وَقْفِ الْمُدَبِّرِ
حُكْمُ بَيْعِهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الزَّرَكِشِيِّ » ،
وغيرهم . وَأَمَّا الْكَلْبُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » : وَقَدْ تَخَرَّجَ الصَّحَّةُ
مِنْ جَوَازِ إِعَارَةِ الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ ، كَمَا خُرُجُ جَوَازِ الْإِجَارَةِ ؛ لِحُصُولِ نَقْلِ الْمَنْفَعَةِ ،
وَالْمَنْفَعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ ، فَجَازَ أَنْ تُنْقَلَ . قَالَ : وَالصَّحِيحُ اخْتِصَاصُ التَّهْيِ
عَنِ الْبَيْعِ بِمَا عَدَا كَلْبَ الصَّيْدِ ؛ بِدَلِيلِ رَوَايَةِ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ ،
عَنْ جَابِرٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ ، وَالسُّنُورِ ،
إِلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ ^(١) . وَالْإِسْنَادُ جَيِّدٌ ، فَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُعْلَمِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ جَائِزٌ . وَفِي

(١) تقدم تحريره في ٤٣/١١ .

وَمَا لَا يُتَنَفَّعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَطْعُومِ ، ^{المقنع}
 وَالرِّيَاحِينَ .

فصل : (ولا) يَصِحُّ وَقْفُ (ما لا يُتَنَفَّعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ؛
 كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَطْعُومِ ، وَالرِّيَاحِينَ) ما لا يُمَكِّنُ الْإِنْفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ
 غَيْبِهِ ؛ كَالدَّرَاهِمِ ، وَالذَّنَائِيرِ ، وَالْمَطْعُومِ ^(١) ، وَالْمَشْرُوبِ ، وَأَشْبَاهِهِ مِنْ
 الرِّيَاحِينَ ، لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا شَيْئًا حَكِيًّا
 عَنْ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، فِي وَقْفِ الطَّعَامِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ . وَلَمْ يَخْكِه أَصْحَابُ

^{الإنصاف} مَعْنَاهُ جَوَارِحُ الطَّيْرِ ، وَسِبَاغُ الْبَهَائِمِ الصَّيَادَةِ ، يَصِحُّ وَقْفُهَا ، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا ،
 بِخِلَافِ غَيْرِ الصَّيَادَةِ . وَمَرَى الْمَذْهَبِ رَوَايَةً بَامْتِنَاعِ بَيْعِهَا ، أَعْنَى الصَّيَادَةِ ، فَيَمْتَنِعُ
 وَقْفُهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَيَصِحُّ وَقْفُ الْكَلْبِ
 الْمُعْلَمِ ، وَالْجَوَارِحِ الْمُعْلَمَةِ ، وَمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ .

قوله : وما لا يُتَنَفَّعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ، كَالْأَثْمَانِ . إِذَا وَقَفَ الْأَثْمَانُ ، فَلَا يَخْلُو ؛
 إِمَّا أَنْ يَقِفَهَا لِلتَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَإِنْ وَقَفَهَا لِلتَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، فَالصَّحِيحُ
 مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَقَادِمِهِ فِي
 « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَدَمُ الصَّحَّةِ أَصَحُّ . وَقِيلَ :
 يَصِحُّ ؛ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : إِنْ وَقَفَهَا لِلزَّئِنَةِ بِهَا ، فِقْيَاسُ
 قَوْلِنَا فِي الْإِجَارَةِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ . فَعَلِيَ هَذَا ؛ إِنْ وَقَفَهَا وَأَطْلَقَ ، بَطَلَ الْوَقْفُ . عَلَى
 الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، وَيُحْمَلُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ وَقَفَهَا لغيرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ .
 عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ فِي « الْفَاتِي » : وَعَنْهُ ، يَصِحُّ وَقْفُ الدَّرَاهِمِ ،

(١) سقط من : م .

مالك . وليس بصحيح ؛ لأن الوقف تحييس الأصل وتسبيل المنفعة ، وما لا ينتفع به إلا بالإنلاف لا يصح ذلك فيه . وقيل في الدراهم والدنانير : يصح وقفها . عند من أجاز إجارتها . ولا يصح ؛ لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن في العصب ، فلم يجز

فيستفَع بها في القرض ونحوه . اختاره شيخنا . يعنى به الشيخ تقي الدين . وقال في « الاختيارات » : ولو وقف الدراهم على المحتاجين ، لم يكن جواز هذا بعيدا .

فائدتان ؛ أحدهما ، لو وقف قنديل ذهب ، أو فضة على مسجد ، لم يصح ، وهو باقر على ملك ربه ، فيزكّيه . على الصحيح من المذهب . وقيل : يصح ، فيكسر ويصرف في مصالحه . اختاره المصنف . قلت : وهذا هو الصواب . وقال الشيخ تقي الدين : لو وقف قنديل : نقد للنبي ، عليه السلام ، صرف لجيرانه ، عليه السلام ، قيمته . وقال في موضع آخر : النذر للقبور هو للمصالح ، ما لم يعلم ربه ، وفي الكفارة الخلاف ، وإن من الحسن صرفه في نظيره من المشروع . ولو وقف قرسا بسرج ولجام مفضض ، صح . نص عليه تبعا . وعنه ، تباع الفضة ، وتصرف في وقف مثله . وعنه ، تنفق عليه . الثانية ، قال في « الفائق » : ويجوز وقف الماء . نص عليه . قال في « الفروع » : وفي « الجامع » ، يصح وقف الماء . قال الفضل : سألته عن وقف الماء ؟ فقال : إن كان شيئا استجاروه بينهم ، جاز . وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه . قال الحارثي : هذا النص يقتضي تصحيح الوقف لنفس الماء ، كما يفعله أهل دمشق ، يقف أحدهم حصّة أو بعضها من ماء النهر . وهو مشكّل من وجهين ؛ أحدهما ، إثبات الوقف فيما لم يملكه بعد ، فإن الماء يتجدد شيئا فشيئا . الثاني ، ذهاب العين بالانتياع . ولكن قد يقال : بقاء مادة الحصول من غير تأثر بالانتياع ينتزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع .

الوقفُ له ، كوقفِ الشَّجَرِ على نَشْرِ الثِّيَابِ ، والغَنَمِ على دَوَسِ الطِّينِ ،
والشَّمْعِ لِيَتَجَمَّلَ به . وكذلك^(١) لا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ لِلإِشْعَالِ ؛ لِأَنَّهُ
يَتَلَفُّ بِالِانْتِفَاعِ به ، فهو كالمأكُولِ .

ويؤَيِّدُ هذا صِحَّةُ وَقْفِ الْبَيْرِ ، فَإِنَّ الْوَقْفَ وَارِدٌ عَلَى مَجْمُوعِ الْمَاءِ وَالْخَفِيرَةِ ، فَالْمَاءُ
أَصْلٌ فِي الْوَقْفِ . وهو الْمَقْصُودُ مِنَ الْبَيْرِ . ثم لا أَثَرَ لَذَهَابِ الْمَاءِ بِالِاسْتِعْمَالِ ؛ لِتَجَدُّهِ
بَدَلُهُ ، فهنا كذلك ، فيجوزُ وَقْفُ الْمَاءِ كذلك . انتهى .

قوله : وَالْمَطْعُومِ وَالرَّيَاجِينِ . يعني ، لا يَصِحُّ وَقْفُهَا . وهو صحيح ، وهو
المذهب ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لو تَصَدَّقَ بِذَهْنٍ عَلَى
مَسْجِدٍ لِيُوقَدَ فِيهِ ، جَازٌ ، وهو مِنْ بَابِ الْوَقْفِ ، وَتَسْمِيَّتِهِ وَقْفًا ، بِمَعْنَى أَنَّهُ وَقَفَ
عَلَى تِلْكَ الْجِهَةِ ، لَا يَتَنَفَّعُ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، لَا تَأْبَاهُ اللَّغَةُ ، وهو جَارٍ فِي الشَّرْعِ .
وقال أيضًا : يَصِحُّ وَقْفُ الرِّيحَانِ لِيَشْمَهُ أَهْلُ الْمَسْجِدِ . قال : وَطِيبُ الْكَعْبَةِ حُكْمُهُ
حُكْمُ كُسُوتِهَا . فَعِلِمٌ أَنَّ التَّطْيِيبَ مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، لَكِنْ قَدْ تَطَوَّلَ مُدَّةُ التَّطْيِيبِ ،
وَقَدْ تَقْصُرُ ، وَلَا [٢٣٩/٢ ط] أَثَرٌ لَذَلِكَ . قال الْحَارِثِيُّ : وَمَا يَبْقَى أَثَرُهُ مِنَ الطَّيْبِ ؛
كَالْتُّدِّ ، وَالصُّنْدَلِ ، وَقَطْعِ الْكَافُورِ ، لَشَمِّ الْمَرِيضِ وَغَيْرِهِ ، فَيَصِحُّ وَقْفُهُ عَلَى
ذَلِكَ ؛ لِبَقَائِهِ مَعَ الْإِنْتِفَاعِ ، وَقَدْ صَحَّتْ إِجَارَتُهُ لَذَلِكَ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ . انتهى . وهذا
ليس دَاخِلًا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا مِنَ الْمُتَقَرِّقِ عَلَى صِحَّتِهِ ؛ لِوُجُودِ
شُرُوطِ الْوَقْفِ فِيهِ .

(١) في م : و لذلك .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ عَلَى بَرٍّ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِرِ ، وَالْأَقَارِبِ ، مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ .

(الثاني ، أَنْ يَكُونَ عَلَى بَرٍّ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْمَسَاجِدِ ، وَالْقَنَاطِرِ ،
وَالْأَقَارِبِ مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ لَا
يَصِحُّ إِلَّا عَلَى بَرٍّ أَوْ مَعْرُوفٍ ؛ كَوَلَدِهِ ^(١) وَأَقَارِيهِ ، وَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِرِ ، وَكُتُبِ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ ، وَالْقُرْآنِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ،
وَسَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِصْلَاحِ الطَّرِيقِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْقُرْبِ . وَيَصِحُّ عَلَى أَهْلِ
الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا [٢١٥/٥] وَتَجُوزُ الصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ ،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتُلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ
يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ ^(٢) . وَإِذَا جَازَتْ
الصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ جَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَرَوَى أَنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النَّبِيِّ
ﷺ وَقَفَتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيٌّ ^(٣) . وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الذَّمِّيُّ
جَازَ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كَنَائِسَهُمْ
وَيَبْعُهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَغَيْرِهِمْ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
عَلَيْهِمْ لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

قوله : الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ عَلَى بَرٍّ - وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً ، نصَّ

(١) في م : « لولده » .

(٢) سورة الممتحنة ٨ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عطية المسلم الكافر ووصيته له ، من كتاب أهل الكتاب . وفي : باب الميراث
لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ . وسعيد ، في : باب وصية الصبي ،
من كتاب الوصايا . السنن ١٢٨/١ . والبيهقي ، في : باب الوصية للكفار ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى
٢٨١/٦ .

عليه الإمام أحمد - كالمساكين ، والمساجد ، والقنابر ، والأقارب . وهذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وقيل : يصح الوقف على مباح أيضا . وقيل : يصح على مباح ومكروه . قال في « التلخيص » : وقيل : المشتراط أن لا يكون على جهة معصية ؛ سواء كان قربة وثوابا ، أو لم يكن . انتهى . فعلى هذا ، يصح الوقف على الأغنياء . فعلى المذهب ، اشتراط العزوبة باطل ؛ لأن الوصف ليس قربة ، ولتمييز الغنى عليه . وعلى هذا ، هل يلغو الوصف ويعم ، أو يلغو الوقف ، أو يفرق بين أن يقف ويشترط ، أو يذكر الوصف ابتداء ، فيلغى في الاشتراط ، ويصح الوقف ؟ يَحْتَمِلُ أَوْجُها . قاله في « الفائق » .

فائدتان ؛ إحداهما ، أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة ؛ لأنه بذعة ، وصححه ابن الزاغوني ، فيصرف لمصلحة . نقله ابن الصيرفي عنهما . وفي « فتاوى ابن الزاغوني » ، المعصية لا تنعقد . وأفتى أبو الخطاب بصحته ، ويتفق ثمنها على عمارته ولا يستر ؛ لأن الكعبة خصت بذلك ، كالطواف . الثانية ، يصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ ؛ لإخراج ثرابها ، وإشعال قناديلها وإصلاحها ، لا لإشغالها وحده ، وتعليق ستورها الحرير ، والتعليق ، وكنس الحائط ، ونحو ذلك . ذكره في « الرعاية » .

قوله : مسلمين كانوا أو من أهل الذمة . يعنى ، إذا وقف على أقاربه من أهل الذمة ، صح . وهذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب قاطبة .

تبيين ؛ أحدهما ، قد يقال : مفهوم كلام المصنف ، أنه لا يصح الوقف على ذمى ، غير قرابته . وهذا أحد الوجهين ، وهو مفهوم كلام جماعة ؛ منهم صاحب « الوجيز » ، و « التلخيص » ، وقدمه في « الرعايتين » ، ومال إليه الزركشي .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَيُيَوِّتِ النَّارَ ، وَكِتَابَةُ التَّوْرَةِ
وَالْإِنْجِيلِ .

الشرح الكبير ٢٥٦١ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَيُيَوِّتِ النَّارَ)
وَالْبَيْعِ . (وَكُتِبَ التَّوْرَةُ وَالْإِنْجِيلُ) لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ

الإحصاف وقيل : يَصِحُّ عَلَى الذَّمِّ ، وَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْوَاقِفِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
وَ « الْمُتَنَخَّبِ » ، وَ « غَيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : وَيَصِحُّ
عَلَى ذِمِّيٍّ مِنْ أَقَارِبِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، مِنْ مُعَيَّنٍ ، فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ دُونَ
الْجَهَةِ . انْتَهَى . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ . وَأَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ فِي « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » . وَقَالَ الْحَلَوَانِيُّ : يَصِحُّ عَلَى الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَ فِي
« الْوَاضِحِ » صِحَّةَ الْوَقْفِ مِنْ ذِمِّيٍّ عَلَيْهِمْ دُونَ غَيْرِهِ . الثَّانِي ^(١) ، قَالَ الْحَارِثِيُّ :
قَالَ الْأَصْحَابُ : إِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ الْكَنَائِسَ ، وَالْبَيْعَ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ،
صَحَّ . قَالُوا : لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ لَا عَلَى الْبُقْعَةِ ، وَالصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ جَائِزَةٌ وَصَالِحَةٌ
لِلْقُرْبَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ
خَصَّ أَهْلَ الذَّمِّ ، فَوَقَفَ عَلَى الْمَارَّةِ مِنْهُمْ ، لَمْ يَصِحَّ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَفِي « الْمُتَنَخَّبِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ، يَصِحُّ عَلَى الْمَارَّةِ بِهَا مِنْهُمْ . يَعْنِي ، مِنْ أَهْلِ
الذَّمِّ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، فِي بِنَاءِ بَيْتٍ يَسْكُنُهُ الْمُجْتَازُ مِنْهُمْ . وَلَمْ أَرِ مَا قَالَ
عَنْه صَاحِبُ « الرِّعَايَةِ » فِيهِمَا فِي مَقْطَعِهِ ، بَلْ قَالَ : وَيَصِحُّ مِنْهَا عَلَى ذِمِّيٍّ بِيَهَا أَوْ
يَنْزِلُهَا ، أَوْ يَجْتَازُ ، رَاجِلًا ، أَوْ رَاكِبًا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ وَيُيَوِّتِ النَّارَ . وَكَذَا الْبَيْعُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « فَائِلَةٌ » .

بُنِيَتْ لِلْكَفْرِ ، وَكُتِبَتْهُمْ مُبَدَّلَةٌ مَنَسُوحَةٌ ، وَلِذَلِكَ غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى عَمَرَ حِينَ رَأَى مَعَهُ صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوْرَةِ ، وَقَالَ : « أَفَبَى شَكُّ أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا يَتَضَاءُ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ أُخِي مُوسَى حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا أَتْبَاعِي »^(١) . وَلَوْلَا أَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ . وَحُكْمُ الْوَقْفِ عَلَى قَنَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرَشِهَا وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَمَنْ يَعْمُرُهَا كَالْوَقْفِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لَتَعْظِيمِهَا . وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا وَمَاتُوا ، وَلَهُمْ أَبْنَاءُ نَصَارَى فَأَسْلَمُوا ، وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فَلَهُمْ أَخْذُهَا ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهُمْ حَتَّى يَسْتَخْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، لَا يَصِحُّ وَقْفُ الذَّمِّيِّ ، كَغَيْرِ

الأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي الْكَنَائِسِ وَالْبَيْعِ . . وَفِي « الْمُوَجِزِ » رِوَايَةٌ ، يَصِحُّ عَلَى الْإِنْصَافِ الْكَنِيسَةُ وَالْبَيْعَةُ كِلَاهُمَا .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، الذَّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي عَدَمِ الصَّحَّةِ فِي ذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ، فَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الذَّمِّيِّ عَلَى الْكَنَائِسِ وَالْبَيْعِ وَيُوتِ الثَّأْرُ ، وَنَحْوَهُمْ ، وَلَا عَلَى مَصَالِحِ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، كَالْمُسْلِمِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَقَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَصَحَّحَ فِي « الْوَاضِحِ » وَقَفَ الذَّمِّيُّ عَلَى الْبَيْعَةِ

(١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨٧ . وبلغظ آخر أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة ، سنن الدارمي ١/١١٥ ، ١١٦ . وانظر لإرواء الغليل ٣٤/٦ - ٣٨ .

(٢) في : المغني ٨/٢٣٥ .

المُعَيَّن . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عُقُودًا فَايَسَدَتْ ، وَتَقَابَضُوا ، ثُمَّ أَسْلَمُوا وَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا ، لَمْ نَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ ، فَكَيْفَ أَجَزْتُمْ الرُّجُوعَ فِيمَا وَقَفُوهُ عَلَى كُنَائِسِهِمْ ؟ قُلْنَا : الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ إِزَالَةٌ مِلْكٍ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ صَحِيحًا ، لَمْ يُزَلِّ الْمِلْكُ ، فَبَقِيَ^(١) بِحَالِهِ ، كَالْعَتَقِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ أَشْهَدَ فِي وَصِيَّتِهِ ، أَنَّ غُلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ ، ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ وَخَدَمَ سَنَةً ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، مَا عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هُوَ حُرٌّ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْغُلَامِ بِأَجْرِ خِدْمَتِهِ مَبْلَغُ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَرَوَى عَنْهُ ، قَالَ : [٢١٥/٥ ط] هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ مَوْلَاهُ ، لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِلْأُصُولِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ قَوْلَهُ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ . لَمْ يَكُنْ لَصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ^(٢) ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ يَعْتَقِدَانِ صِحَّتَهُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ الْعَوَضُ بِإِسْلَامِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَالْوَرُوجِ الذَّمِّيِّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ أَسْلَمَ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، كَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَوَضُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

وَالْكَيْسِيَّةُ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي وَقْفِ الذَّمِّيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ . الثَّانِيَةُ ، الْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : مِنْ كَافِرٍ . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : لَوْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ عَلَى ذِمِّيٍّ ، لَزِمَهُ . وَذَكَرَ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في م : : الوظيفة .

وَلَا عَلَى حَرْبِي ، وَلَا مُرْتَدٌ .

المفتع

الشرح الكبير

٢٥٦٢ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ الْوَقْفُ (على حَرْبِي ، وَلَا مُرْتَدٌ)
لأنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ ، تَجُوزُ إِزَالَتُهَا ، فَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُمْ أَوْلَى ،
وَالْوَقْفُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ لَزِمًا ؛ لِأَنَّهُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ .

« الْمَذْهَبُ » وَغَيْرِهِ ، يَصِحُّ لِلْكُلِّ ، وَذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ رِوَايَةً . وَذَكَرَ الْقَاضِي صِحَّتَهَا
بِخَصِيرٍ وَقَنَادِيلَ . قَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِنْ وَصَّى لِمَا لَا مَعْرُوفَ فِيهِ وَلَا يَرَى كَكَيْسِيَّةٍ
أَوْ كَتَبَ التَّوْرَةَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى ذِمِّي ، وَشَرَطَ
اسْتِخْفَاقَهُ مَا دَامَ كَذَلِكَ ، فَأَسْلَمَ ، اسْتَحَقَّ مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، وَلَعَى
الشَّرْطُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَ ابْنُ
عَقِيلٍ فِي « الْفَنُونِ » هَذَا الشَّرْطُ ، وَقَالَ : لِأَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى الذِّمَّةِ^(١) مِنْ أَهْلِهِ دُونَ
الْمُسْلِمِ ، لَمْ لَا يَجُوزُ شَرْطُهُمْ حَالِ الْكُفْرِ ، وَأَيُّ فَرْقٍ ؟

قوله : وَلَا عَلَى حَرْبِي ، أَوْ مُرْتَدٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ [٢٤٠/٢] ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ ، وَأَكْثَرُهُمْ قَطَعَ بِهِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْمَغْنَى » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ .
قَالَ فِي « الْمَجَرَّدِ » ، فِي كِتَابِ الْوَصَايَا : إِذَا أَوْصَى مُسْلِمٌ لِأَهْلِ قَرْيَتِهِ أَوْ قَرَاتِهِ ،
لَمْ يَتَأَوَّلْ كَافِرَهُمْ إِلَّا بِتَشْيِئِهِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَالْوَقْفُ كَالْوَصِيَّةِ فِي ذَلِكَ
كُلَّهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَصَحَّحَهُ عَلَى الْكَافِرِ الْقَرِيبِ وَالْمُعَيْنِ . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ،
لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مُقَاتِلًا ، وَلَا مُخْرَجًا لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ دِيَارِهِمْ ، وَلَا مُظَاهِرًا
لِلْأَعْدَاءِ^(٢) عَلَى الْإِخْرَاجِ . انْتَهَى . وَقَوَاهُ بِأَدْلَةٍ كَثِيرَةٍ .

(١) أ : « النَّمَى » . وَالزِّمَّةُ هُمُ الْمَعَاهِدُونَ ، مَفْرَدُهَا الذِّمَّةُ .

(٢) زِيَادَةُ مِنْ : ١ .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥٦٣ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ) فَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَاسْتَتْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ . اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى نَفْسِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى وَلَدِهِ ، فَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أَيْ طَالِبٍ ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْ هَذَا ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ فِي سَبِيلِهِ ، فَإِذَا وَقَفَهُ عَلَيْهِ حَتَّى يَمُوتَ ، فَلَا أَعْرِفُهُ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَكُونُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ بَاطِلًا . وَهَلْ يَبْطُلُ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِبْدَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكَ لِرَقَبَةٍ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُمْلِكَ الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى نَفْسِهِ إِنَّمَا حَاصِلُهُ مَنَعُ نَفْسِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَةِ الْمِلْكِ ،

الإنصاف

قوله : وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي « الْفُصُولِ » : هَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا أَقْيَسُ . قَالَ فِي « الرِّعَايَتَيْنِ » : وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفِ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ فِي « الْمُبْهَجِ » ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . نَقَلَ حَنْبَلٌ ، وَأَبُو طَالِبٍ ، مَا سَمِعْتُ بِهَذَا ، وَلَا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ اللَّهُ تَعَالَى . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِ دُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ،

فلم يصح ذلك ، كما لو أفردَه بأن يقول : لا أبيعُ هذا ولا أهبه ولا أورثه .
ونقل جماعة أنَّ الوقفَ صحيحٌ ، اختاره ابنُ أبي موسى . قال ابنُ عقيلٍ :
وهي أصحُّ . وهو قولُ ابنِ أبي ليلى ، وابنِ شبرمة ، وأبي يوسف ، وابنِ
سريج^(١) ؛ لما نذكره في المسألة بعدها ، ولأنه يصحُّ أن يقفَ وقفًا عامًا
فيتنفع به ، كذلك إذا خصَّ نفسه بانتفاعه . والأولُ أقيسُ .

ويوسف بن موسى ، والفضل بن زياد . قال في « المذهب » ، و « مسبوک
الذهب » : صحَّ في ظاهر المذهب . قال الحارثيُّ : هذا هو الصحيح . قال أبو
المعالی في « النهاية » ، و « الخلاصة » : يصحُّ على الأصحِّ . قال الناطمُ : يجوزُ
على المنصورِ من نصِّ أحمد . وصحَّحه في « التصحيح » ، و « إدرک الغاية » .
قال في « الفائق » : وهو المختارُ . واختاره الشيخُ تقي الدين ، ومال إليه صاحبُ
« التلخيص » . وجزم به في « المتورِّ » ، و « منتخب الآدمي » . وقدمه في
« الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الهادي » ، و « الفائق » ، وغيرهم .
وقدمه المجتدُ في مسودته على « الهداية » ، وقال : نصُّ عليه . قال المصنِّفُ ،
وتبعه الشارحُ ، وصاحبُ « الفروع » : اختاره ابنُ أبي موسى . وقال ابنُ عقيلٍ :
هي أصحُّ . قلتُ : الذي رأيته في « الإرشاد » ، و « الفصول » ، ما ذكرته آنفاً .
ولم يذكر المسألة في « التذكرة » ، فلعلهما اختاراه في غير ذلك ، لكنَّ عبارته
في « الفصول » موهمة . قلتُ : وهذه الروايةُ عليها العملُ في زماننا وقبلة ، عند
حكَّامنا من أزمينة متطاولة . وهو الصوابُ ، وفيه مصلحةٌ عظيمةٌ ، وترغيبٌ في
فعلِ الخيرِ ، وهو من محاسنِ المذهب . وأطلقهما في « المعنى » ،
و « الكافي » ، و « المحرِّر » ، و « شرح ابنِ منجى » ، و « البلغة » ،

(١) في را ، م : « شرح » .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَشْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ .

فصل : وَمَنْ وَقَفَ وَقَفًا صَحِيحًا عَلَى إِنْسَانٍ ، فَقَدْ صَارَتْ مَنَافِعُهُ جَمِيعُهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَزَالَ مَلِكُهُ عَنِ الْوَاقِفِ ، وَمِلْكُ مَنَافِعِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَنْتَفِعَ بِشَيْءٍ مِنْهَا . فَأَمَّا إِنْ وَقَفَ شَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ ، دَخَلَ فِي جُمْلَتِهِمْ ؛ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ مَسْجِدًا ، فَلَهُ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ ، أَوْ مَقْبَرَةً ، فَلَهُ الدَّفْنُ فِيهَا ، أَوْ بَيْتًا لِلْمُسْلِمِينَ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَقِيَّ مِنْهَا ، أَوْ سِقَايَةً ، أَوْ شَيْئًا يَعْمُ الْمُسْلِمِينَ ، فَيَكُونُ كَأَحَدِهِمْ . لَا نَعْلَمُ [٢١٦/٥] فِي ذَلِكَ خِلَافًا . وَقَدْ رَوَى عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ سَبَلَ بِئْرَ رُومَةَ ، وَكَانَ ذَلُّهُ فِيهَا كَدِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ ^(١) .

٢٥٦٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَشْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ

و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، هَلْ يَصِحُّ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِبْتِدَاءِ ، عَلَى مَا يَأْتِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَحْسُنُ بِنَاؤُهُ عَلَى الْوَقْفِ الْمُعْلَقِ .

فائدة : إِذَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ ، حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ ، فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ يَنْفُذُ الْحُكْمُ ظَاهِرًا ، وَفِيهِ فِي الْبَاطِنِ الْخِلَافُ ، وَفِي « قَتَاوَى ابْنِ الصَّلَاحِ » ، إِذَا حَكَمَ بِهِ حَقِيقِيٌّ ، وَأَنْفَذَهُ شَافِعِيٌّ ، لِلْوَقْفِ نَقْضُهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِلَّا جَازَ نَقْضُهُ فِي الْبَاطِنِ فَقَطْ ، بِخِلَافِ صَلَاتِهِ فِي الْمَسْجِدِ وَحْدَهُ حَيَاتِهِ ؛ لَعَدَمِ الْقُرْبَةِ وَالْفَائِدَةِ فِيهِ ، ذَكَرَهَا ابْنُ شِهَابٍ وَغَيْرُهُ . قَوْلُهُ : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَاسْتَشْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ . هَذَا

(١) تقدم تخريجه في ٨٢/١١ . ويضاف إليه : ووصله البخاري ، في : باب إذا وقف أرضاً أو بئراً ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٥/٤ .

حَيَاتِهِ ، صَحَّ (إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَلَى غَيْرِهِ ، وَشَرَطَ أَنْ يُتَّفَقَ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : أَشْتَرِطُ فِي الْوَقْفِ أَنِّي أَنْفِقَ عَلَى نَفْسِي وَأَهْلِي ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَاحْتَجَّ ، قَالَ : سَمِعْتُ ابْنَ عُيَيْنَةَ ، عَنْ ابْنِ طَاوُسٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ حُجْرٍ الْمَدَرِيِّ^(١) أَنَّ فِي صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . قَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ الْوَقْفُ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهَا فِي رَوَايَةٍ جَمَاعَةٍ . وَبِذَلِكَ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرُومَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَالزُّبَيْرِيُّ ، وَابْنُ سُرَيْجٍ ، وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ ؟ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجُزْ اشْتِرَاطُ نَفْعِهِ لِنَفْسِهِ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، وَكَأَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَخْدُمَهُ ، وَلَأَنَّ مَا يُتَّفَقُ عَلَى نَفْسِهِ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُهُ ، كَأَلَوْ بَاعَ شَيْئًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يُتَّفَقَ بِهِ . وَلَنَا ،

المذهبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، « الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ« ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَ« الْقَوَاعِدِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ اسْتَنْتَى الْأَكْلَ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، وَكَذَا لَوْ اسْتَنْتَى الْأَكْلَ وَالْإِنْتِفَاعَ لِأَهْلِهِ ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقَهُ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَصِحُّ شَرْطُ غَلَّتِهِ لَهُ أَوْ لَوْلَدِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، فِي

(١) قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الْإِصَابَةِ ٢/٢٠٧ : أُرْسِلَ حَدِيثًا فَأَخْرَجَهُ بَقِيٌّ بْنُ مَخْلَدٍ فِي الصَّحَابَةِ ، وَهُوَ وَهُمْ .

الْخَبَرُ^(١) الَّذِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَلأنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ ، قَالَ : لَا بَأْسَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ، غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ مِنْهُ^(٢) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلأنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَامًّا ؛ كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَسَوَاءٌ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ ، فَإِنَّ عُمَرَ لَمْ يُقَدِّرْ مَا يَأْكُلُهُ الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثٍ صَدَقَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا مُدَّةَ مُعَيَّنَةٍ ، فَمَاتَ فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا .

الْمَنْصُوصِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ لِأَوْلَادِهِ أَوْ لِبَعْضِهِمْ سُكْنَى الْوَقْفِ مُدَّةَ حَيَاتِهِمْ ، جَازَ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ ، إِذَا شَرَطَ الْإِنْتِفَاعَ لِأَهْلِهِ ، أَوْ شَرَطَ السُّكْنَى لِأَوْلَادِهِ أَوْ لِبَعْضِهِمْ . ذَكَرَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ اسْتَنْتَى الْإِنْتِفَاعَ مُدَّةَ مُعَيَّنَةٍ ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(٣) : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا وَاسْتَنْتَى لِنَفْسِهِ السُّكْنَى مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، يَجُوزُ إِيجَارُهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَلِغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، ثُمَّ اقْتَفَرَ ، أُبِيحَ لَهُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ .

(١) فِي م : « أَوَّلُ الْخَبَرِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجهُ فِي صَفْحَةِ ٣٦٢ .

(٣) الْمُعْنَى ٨/ ١٩٢ .

الشرح الكبير

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا أَهْلُهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ مَنْ وَلِيَهُ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ الَّتِي اسْتَأْمَرَ فِيهَا [٢١٦/٥ ط] رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَإِنْ وَلِيَهَا الْوَاقِفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ وَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَلِيَهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بَنَتْ عُمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَلِيَهَا بَعْدَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ^(١) .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، بَطَلَ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ . لَا نَعْلَمُ فِي بُطْلَانِ الشَّرْطِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرْطٌ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَهُ بَيْعُهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَأنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْعِتْقِ ، وَلَأنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِهَبَةِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَهَهُنَا لَوْ ثَبَتَ الْخِيَارُ لَثَبَتَ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، فَافْتَرَقَا .

مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ . قَالَ فِي الْإِنْصَافِ

(١) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ١٦١/٦ ، وفيه : « الأكابر من آل عمر » ، وليس : « عبد الله بن عمر » .

فصل : وإن شَرَطَ في الوَقْفِ أن يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الوَقْفِ ،
وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لم يَصِحْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الوَقْفِ ،
فَأَفْسَدَهُ ، كَمَا لو شَرَطَ أن لا يَنْتَفِعَ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ لِلنَّازِلِ أَنْ يُعْطَى مَنْ
يَشَاءُ مِنْ أَهْلِ الوَقْفِ ، وَيَمْنَعُ مَنْ يَشَاءُ ، جاز ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ليس بِإِخْرَاجٍ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ اسْتِحْقَاقَ الوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ
جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الوَقْفِ إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ النَّازِلِ عَطِيَّتَهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا
إِذَا انْتَفَعَ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو وَقَفَهُ عَلَى الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ
وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَغَلَ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَغِلْ ، فَمَتَى تَرَكَ الْمُشْتَغِلَ
الاشْتَغَالَ ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ عُلُوَّ دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ أَسْفَلِهَا ، أَوْ أَسْفَلَهَا دُونَ
عُلُوِّهَا ، صَحَّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ يَتَّبِعُهَا كَذَلِكَ ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالذَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلِأَنَّهُ
تَصَرَّفُ يُزِيلُ الْمِلْكَ إِلَى مَنْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا
ذَكَرْنَا ، كَالْبَيْعِ . [٢١٧/٥]

فصل : فَإِنْ جَعَلَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا ، وَلَمْ يَذْكُرْ الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَ الاسْتِطْرَاقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُبَيِّحُ
الانْتِفَاعَ ، مِنْ ضَرُورَتِهِ الاسْتِطْرَاقُ ، فَصَحَّ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، كَمَا لو أُجْرِيَ بَيْتًا
مِنْ دَارِهِ .

الإتصاف « التَّلْخِيسُ » : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » : شَبَّهَ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ »

الثَّالِثُ ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَجْهُولٍ ؛ المقنع
كَرَجُلٍ [١٥٣ ظ] ، وَمَسْجِدٍ ،

٢٥٦٥ - مسألة : (الثالث ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلَا يَصِحُّ
عَلَى مَجْهُولٍ ؛ كَرَجُلٍ ، وَمَسْجِدٍ) لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ ، وَلَأَنَّ
الْوَقْفَ تَمْلِيكًا لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْإِجَارَةِ .

الْأُصُولِيَّةُ ، وَ « الْفِقْهِيَّةُ » : يَدْخُلُ ، عَلَى الْأَصَحِّ ، فِي الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يُبَاحُ
لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « التَّلْخِصِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَالظَّاهِرُ
أَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ فِي دُخُولِهِ إِذَا افْتَقَرَ ، عَلَى قَوْلِنَا بِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى النَّفْسِ يَصِحُّ .
وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ ، إِذَا افْتَقَرَ جِزْمًا ، لِأَنَّهُ لَا يُتَنَوَّلُ
بِالْخُصُوصِ [٢٤٠/٢ ظ] ، فَلَا يُتَنَوَّلُ بِالْعُمُومِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ دَارَهُ
مَسْجِدًا ، أَوْ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً ، أَوْ بَيْتَهُ ؛ لَيْسَتْ قِيَّتِي مِنْهَا الْمُسْلِمُونَ ، أَوْ بَنَى مَدْرَسَةً لِعُمُومِ
الْفُقَهَاءِ أَوْ لَطَائِفِهِ مِنْهُمْ ، أَوْ رِبَاطًا لِلصُّوفِيَّةِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْمُ ، فَلَهُ الْإِنْفَاقُ
كَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ .

قوله : الثالث ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَجْهُولٍ ؛ كَرَجُلٍ ،
وَمَسْجِدٍ . بِلَا إِزَاعٍ . وَكَذَا لَا يَصِحُّ لَوْ كَانَ مَبْنًى ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ :
يَصِحُّ . ذَكَرَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » اخْتِمَالًا . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَفْتَقِرُ الْوَقْفُ
إِلَى قَبُولٍ . مُخْرَجٌ مِنْ وَقْفِهِ إِحْدَى الدَّارَيْنِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « التَّلْخِصِ » . فَعَلَى
الصَّحَّةِ ، يَخْرُجُ الْمَبْنًى بِالْقَرْعَةِ . قَالَ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » . قُلْتُ : وَهُوَ مُرَادُ مَنْ
يَقُولُ بِذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِيمَا إِذَا وَقَفَ أَحَدُ هَذَيْنِ .

وَلَا عَلَى حَيَوَانٍ لَا يَمْلِكُ ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالْمَلِكِ ،
وَالْبَهِيمَةِ .

٢٥٦٦ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (على حيوانٍ لا يملك ؛ كالعبد)
الِقِنْ ، وأُمُّ الْوَلَدِ ، والمُدَبِّرُ ، والمَيِّتُ (والحمل ، والمَلِكُ ، والبهيمة)
والجِنُّ . قال أحمدُ في مَنْ وَقَفَ على مَمَالِيكِهِ : لا يَصِحُّ الْوَقْفُ حتى
يُعْتَقَهُمْ . وذلك لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلا يَصِحُّ على مَنْ لا يملك . فإن
قِيلَ : فقد جَوُزْتُمُ الْوَقْفَ على الْمَسَاجِدِ والسَّقَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وهى لا
تَمْلِكُ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هناك على الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عُيِّنَ في نَفْعٍ خَاصٍّ

قوله : ولا على حيوانٍ لا يملك ، كالعبد . لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على الْعَبْدِ ، على
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ مُطْلَقًا ، نصُّ عليه ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ ، وقُطِعَ به كثيرٌ
منهم . قال في « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : الْأَكْثَرُونَ على أَنَّهُ لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على الْعَبْدِ ،
على الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِضَعْفِ مِلْكِهِ . وَجَزَمَ به في « الْمُغْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ في
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ . وهو ظاهرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ
هنا ، حيثُ اشْتَرَطَ لِعَدَمِ الصَّحَّةِ عَدَمَ الْمِلْكِ . قال في « الرَّعَايَةِ » : وَيَكُونُ
لَسَيِّدِهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ الْوَقْفُ^(١) عليه ؛ سواءً قُلْنَا : يَمْلِكُ . أو لا . وَيَكُونُ
لَسَيِّدِهِ . واختاره الْحَارِثِيُّ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على أُمِّ الْوَلَدِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
وعليه الْأَصْحَابُ . واختارَ الْحَارِثِيُّ الصَّحَّةَ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَصِحُّ الْوَقْفُ
على أُمِّ وَلَدِهِ بعدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ وَقَفَ على غَيْرِهَا ، على أَنْ يُتَّفَقَ عليها مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أو
يَكُونَ الرَّيْعُ لها مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صحَّ ؛ فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ الْمَنْفَعَةِ لِأُمِّ وَلَدِهِ كاسْتِثْنَائِهَا لِنَفْسِهِ .

(١) زيادة من : ١ .

لهم . فإن قيل : فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَيَكُونَ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَالْوَقْفُ عَلَيْهِمْ جَائِزٌ . قُلْنَا : عَلَى الْجِهَةِ الَّتِي عَيْنَ صَرْفِ الْوَقْفِ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يَزِدَادُونَ بِهَا عِقَابًا وَإِثْمًا ،

وإن وقف عليها مطلقًا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ صَحَّحْنَا الْوَقْفَ عَلَى النَّفْسِ ، صَحَّ . لِأَنَّ مِلْكَ أُمِّ وَلَدِهِ أَكْثَرُ مَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مِلْكِهِ . وَإِنْ لَمْ نَصَحِّحْهُ ، فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ : هُوَ كَالْوَقْفِ عَلَى الْعَبْدِ الْقَيْنِ . وَيَتَوَجَّهُ الْفَرْقُ بَأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَمْلِكُ بِحَالٍ . وَفِيهِ نَظَرٌ . وَقَدْ يُخْرَجُ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ بِالتَّمْلِيكِ ؛ فَإِنَّ هَذَا نَوْعُ تَمْلِيكِ أُمِّ وَلَدِهِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْقَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يُخْرَجُ عَنْ مِلْكِهِ ، فَيَكُونُ مِلْكًا لِعَبْدٍ غَيْرِهِ . وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، فَقَدْ تَخَرَّجَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى مَسْأَلَةِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ يَعْمُ حَالَ رِقِّهَا وَعِتْقِهَا ، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ فِي إِحْدَى الْحَالَيْنِ ، خُرَجَ فِي الْحَالِ الْأُخْرَى وَجْهَانِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ الْمُتَقَطِّعَ الْإِبْتِدَاءِ يَصِحُّ . فَيَجِبُ أَنْ يُقَالَ ذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . فَهَذَا كَذَلِكَ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمُكَاتَبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . وَيَحْتَمِلُهُ مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَقَدْ يَشْمَلُهُ قَوْلُهُ : أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . وَأُطْلِقَ لِقَاءُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِزِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَالْحَمْلُ . يَعْنِي ، لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ^(١) . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ

(١) زيادة من : ١ .

بِخِلَافِ الْمَسَاجِدِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَمْ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا قُلْنَا :
إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي تَحْيِيسَ الْأَصْلِ ، وَالْعَبْدُ
لَا يَمْلِكُ مِلْكًا لَازِمًا . وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْمُكَاتَبِ وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ
غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ .

جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ حَمْدَانَ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » ،
وَالْوَجِيزِ » ، وَالْهَدَايَةِ » ، وَالْمُذْهَبِ » ، وَالْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ،
وغيرهم . وَصَحَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ جَوَازَ الْوَقْفِ عَلَى الْحَمْلِ ابْتِدَاءً ، وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يَصِحُّ عَلَى حَمْلٍ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ تَمْلِكٌ إِذَنْ ، وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ .
وَفِيهِمَا نِزَاعٌ .

تَنْبِيْهُ : إِمْرَادُ الْمُصَنِّفِ فِي مَنَعَ الْوَقْفِ عَلَى الْحَمْلِ ، يَخْتَصُّ بِمَا إِذَا كَانَ الْحَمْلُ
أَصْلًا فِي الْوَقْفِ . أَمَّا إِذَا كَانَ تَبَعًا ؛ بِأَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، أَوْ أَوْلَادِ فُلَانٍ ، وَفِيهِمْ
حَمْلٌ ، أَوْ انْتَقَلَ إِلَى بَطْنٍ ، وَفِيهِمْ حَمْلٌ ، فَيَصِحُّ بِلَا نِزَاعٍ ، لَكِنْ لَا يُشَارِكُهُمْ
قَبْلَ وِلَادَتِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ
وَالثَّمَانِينَ » : هُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَالْأَكْثَرِينَ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ ابْنُ
عَقِيلٍ : يَثْبُتُ لَهُ اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ فِي حَالِ كَوْنِهِ حَمَلًا ، حَتَّى صَحَّحَ الْوَقْفَ عَلَى
الْحَمْلِ ابْتِدَاءً ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِاسْتِحْقَاقِ الْحَمْلِ مِنَ الْوَقْفِ
أَيْضًا .

فَائِدَةٌ : لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي . أَوْ : مَنْ سَيُولَدُ لِفُلَانٍ . لَمْ يَصِحَّ .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي
« خِلَافِهِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ فِي

الرَّابِعُ ، أَنْ يَقِفَ نَاجِزًا ، فَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فَيَصِحَّ فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

٢٥٦٧ - مسألة : (الرابع ، أن يقف ناجزًا ، فإذا علقه على شرطٍ ، لم يصح ، إلا أن يقول : هو وقف بعد موتي . فيصح في قول الخرقى . وعند أبي الخطاب ، لا يصح) لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف - أو - فرسى حبس - أو - إذا ولد لي ولد - أو - إذا قدم غائب . ونحو ذلك . ولا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه نقل للملك فيما لم يئن على التعليب والسرارية ، فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة ، كالبهية .

«المعنى» وغيره . وذكره المصنف في مسألة الوصية لمن تحيل هذه المرأة . الإنصاف وقال المجتهد : ظاهر كلام أحمد ، صحته . ورده ابن رجب .

قوله : والبهيمة . يعنى ، لا يصح الوقف عليها . وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . واختار الحارثي الصحة ، وقال : وهو الأظهر عندي . كافي الوقف على القنطرة ، والسقاية ، ويُنْفَقُ عليها .

قوله : الرابع ، أن يقف ناجزًا ، فإن علقه على شرطٍ ، لم يصح . هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في «الوجيز» وغيره . [٢٤١/٢] . وقدمه في «الفروع» وغيره . وقيل : يصح . واختاره الشيخ تقي الدين ، وصاحب «الفائق» ، والحارثي ، وقال : الصحة أظهر . ونصره . وقال ابن حمدان ، من عنده : إن قيل : الملك لله تعالى . صح التعليق ، وألا فلا .

فصل : فأما إذا قال : هو وَقَفَ بعدَ مَوْتِي . فظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كسائرِ الوصايا . وهو ظاهرُ كلامِ أحمد . وقال القاضي : لا يَصِحُّ هذا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِلْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي حَيَاتِهِ . وَحَمَلَ [٢١٧/٥ ظ] كلامُ الخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِي . فيكونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ لَا إِيقَافًا . وَلَنَا عَلَى صِحَّةِ الْوَقْفِ الْمُعْلَقِ بِالْمَوْتِ ، مَا اخْتَجَّ بِهِ أَحْمَدُ ، أَنَّ عَمَرَ أَوْصَى ، فَكَانَ فِي وَصِيَّتِهِ : هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمَرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ حَدَثَ بِهِ حَدَثٌ ، أَنَّ ثَمَعًا^(١) صَدَقَهُ ، وَالْعَبْدَ الَّذِي فِيهِ ، وَالسَّهْمَ الَّذِي بِخَيْرٍ ، وَرَقِيقَهُ الَّذِي

قوله : إِلَّا أَنْ يَقُولَ : هو وَقَفَ مِنْ بعدِ مَوْتِي ، فيصحُّ في قولِ الخِرَقِيِّ . وهو المذهبُ . اختاره أبو الخطَّابِ في « خِلَافِهِ الصَّغِيرِ » ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قال الْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قال فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصَايَا تَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ . وقال أبو الخطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » : لا يَصِحُّ . واختاره ابنُ النَّبَّانِ ، والقاضي ، وَحَمَلَ كَلَامَ الخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِي . فيكونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » . فعلى المذهبِ ، يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ .

(١) ثَمَعٌ : أرضٌ تلقاء المدينة كانت لعمر بن الخطَّابِ رضى الله عنه .

فيه ، والمائة وَسْقِ الذی اطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ ﷺ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ تَلِيَهُ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ ؛ يَرَى مِنْ السَّائِلِ ، وَالْمَحْرُومِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ

فوائد ؛ منها ، قال الحارثي : كَلَامُ الْأَصْحَابِ يَقْتَضِي أَنَّ الْوَقْفَ الْمُعْلَقَ عَلَى الْمَوْتِ ، أَوْ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، لَا يَقَعُ لَازِمًا قَبْلَ وُجُودِ الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا هُوَ مُعْلَقٌ بِالْمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ ، فِي قَوْلِهِمْ ، لَا تَلْزَمُ قَبْلَ الْمَوْتِ ، وَالْمُعْلَقُ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ فِي مَعْنَاهَا ، فَيُثْبِتُ فِيهِ مِثْلُ حُكْمِهَا فِي ذَلِكَ . قال : وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمُعْلَقِ عَلَى الْمَوْتِ ، هُوَ الزَّوْمُ . قال الميموني في « كِتَابِهِ » : سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يُوقِفُ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ ، أَوْ عَلَى الْمَسَاكِينِ بَعْدَهُ ، فَاجْتِنَاعُ إِلَيْهَا ، أَيْبَعُ عَلَى قِصَّةِ الْمُدَبِّرِ ؟ فَابْتَدَأَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بِالكَرَاهَةِ لِذَلِكَ ، فَقَالَ : الْوَقْفُ إِنَّمَا كَانَتْ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، عَلَى أَنْ لَا يَبِيعُوا وَلَا يَهْبُوا . قُلْتُ : فَمَنْ شَبَّهَهُ وَتَأَوَّلَ الْمُدَبِّرُ عَلَيْهِ ، وَالْمُدَبِّرُ قَدْ يَأْتِي عَلَيْهِ وَقْتُ يَكُونُ فِيهِ حُرًّا ، وَالْمَوْقُوفُ إِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ وَقَفَهُ بَعْدَهُ ، وَهُوَ يَمْلِكُ السَّاعَةَ ؟ قَالَ لِي : إِذَا كَانَ يَتَأَوَّلُ . قال الميموني : وَإِنَّمَا نَاطَرْتُهُ بِهَذَا ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْمُدَبِّرِ : لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ يَمْلِكُ السَّاعَةَ ، وَهَذَا شَيْءٌ قَدْ وَقَفَهُ عَلَى قَوْمٍ مَسَاكِينٍ ، فَكَيْفَ يُحْدِثُ بِهِ شَيْئًا ؟ فَقُلْتُ : هَكَذَا الْوَقُوفُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَيْءٌ ، السَّاعَةَ هُوَ يَمْلِكُ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّ بَعْدَ الْوَفَاةِ ، كَمَا أَنَّ الْمُدَبِّرَ السَّاعَةَ لَيْسَ بِحُرٍّ ، ثُمَّ يَأْتِي عَلَيْهِ وَقْتُ يَكُونُ فِيهِ حُرًّا . انتهى . فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْوَقْفِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ . قال الحارثي : وَالْفَرْقُ عَسِيرٌ جِدًّا . وَتَابِعَ فِي « التَّلْخِصِ » الْمَنْصُوصَ ، فَقَالَ : أَحْكَامُ الْوَقْفِ خَمْسَةٌ ؛ مِنْهَا ، لَزُومُهُ فِي الْحَالِ ؛ أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الْوَصِيَّةِ ، أَمْ لَمْ يُخْرِجْهُ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَنْقَطِعُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . وَشَيْخُنَا ،

أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) بَنَحَرٍ مِنْ هَذَا . وَهَذَا نَصٌّ فِي مَسْأَلَتِنَا ، وَوَقْفُهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصُّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ ، كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ . أَوْ نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعَلَّقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَفَارَقَ هَذَا التَّعْلِيقَ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ الصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوِ الْهِبَةِ ، وَغَيْرِهِمَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ

رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي حَوَاشِي « الْمُحَرَّرِ » لَمَّا لَمْ يُطْلَعِ عَلَى نَصِّ أَحْمَدَ ، رَدَّ كَلَامَ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » وَتَأَوَّلَهُ ؛ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ لَيْسَ فِيهَا مَتَقَوْلٌ ، مَعَ أَنَّهُ وَافَقَ الْحَارِثِيَّ عَلَى أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، لَا يَقَعُ الْوَقْفُ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، لِإِزْمًا . قُلْتُ : كَلَامُهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » يُشْعِرُ أَنَّ فِيهِ خِلَافًا ؛ هَلْ هُوَ لِإِزْمٍ ، أَمْ لَا ؟ قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْثَّمَانِينَ » ، فِي تَبَعِيَةِ الْوَلَدِ . وَمِنْهَا ، الْمُعَلَّقُ وَقْفُهَا بِالْمَوْتِ ، إِنْ قُلْنَا : هُوَ لِإِزْمٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . انْتَهَى . فَظَاهِرُ قَوْلِهِ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ لِإِزْمٍ . يُشْعِرُ بِالْخِلَافِ . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يُبَاعَ ، أَوْ يَهَبَ ، أَوْ يُرْجَعَ فِيهِ مَتَى شَاءَ ، بَطْلُ الشَّرْطِ وَالْوَقْفُ ، فِي أَحَدِ الْأَوْجُهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى »^(٢) : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَقِيلَ : يُبْطَلُ الشَّرْطُ دُونَ الْوَقْفِ ، وَهُوَ تَخْرِيجُ مِنَ الْبَيْعِ . وَمَا هُوَ بِبَعِيدٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَصَحُّ

(١) في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٥ .

(٢) المعنى ١٩٢/٨ .

فَصْلٌ : وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ،

المقنع

الشرح الكبير

مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ، وَلِلْمَجْهُولِ وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَبِهَذَا يَبِينُ فَسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشَّرُوطِ . وَسَوَى الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَ تَغْلِيْقِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَغْلِيْقِهِ بِشَرْطِ فِي الْحَيَاةِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا .

فصل : (وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه

الإيناف

فِي الْكُلِّ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصُّ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَخُرُجُ فَسَادِ الشَّرْطِ وَحْدَهُ مِنَ الْبَيْعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَشْبَهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ الْبَيْعَ عِنْدَ خَرَابِهِ ، وَصَرَفَ الثَّمَنَ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ شَرَطَهُ لِلْمُتَوَلَّى بَعْدَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَغَيْرُهُمْ : يَبْطُلُ الْوَقْفُ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِصِحَّةِ الْوَقْفِ وَإِلْغَاءِ الشَّرْطِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَشَرَطُ بَيْعِهِ إِذَا خَرَبَ ، فَايَسَدَ فِي الْمَنْصُوصِ . نَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ ضَرُورَةٌ وَمَنْفَعَةٌ لَهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ عَلَى تَغْلِيْقِهِ ، لَوْ شَرَطَ عَدَمَهُ عِنْدَ تَعْطِيلِهِ . وَقِيلَ : الشَّرْطُ صَحِيحٌ .

قوله : وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه وَجْهَانِ . إِذَا وَقَفَ وَقَفًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ النَّازِظُ احْتِمَالًا ، أَنَّ نَائِبَ الْإِمَامِ يَقْبَلُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ آدَمِيًّا مُعَيَّنًا ، زَادَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، أَوْ جَمْعًا مَخْصُورًا ،

فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ، وَكَانَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، يُضَرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ يَعْرِفُ انْقِرَاضَهُ ؛ كَرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، ضَرَفَ إِلَى مَضَرَفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ ، ثُمَّ يُضَرَفُ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ .

وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُشْتَرَطُ . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ، وَصَارَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، يُضَرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُشْتَرَطُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالنَّوْعِ الْآخَرِ ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ قَبُولٌ ، كَالْعَقْرِ . وَالثَّانِي ، يُشْتَرَطُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ،

[٢ / ٢٤١ ط] فَهَلْ يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ ، أَمْ لَا يُشْتَرَطُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . أُطْلِقَهُمَا الْمُصَنِّفُ هُنَا ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُشْتَرَطُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا أَوَّلَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَقْوَى . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي « الْفَاتَوَى » : لَا يُشْتَرَطُ ، فِي أَصَحِّ الْوُجْهِينِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،

فكان من شرطه القبول ، كالهبة والوصية ، يُحققه [٢١٨/٥] أن الوصية إذا كانت لآدمي معين ، وقفت على قبوله ، وإن كانت لغير معين ، كالمساكين أو لمسجد أو نحوه ، لم تفتقر إلى قبول ، كذا ههنا . والأول أولى ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية ، أن الوقف لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا ينطل برّد واحد منهم ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . وإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول . لم ينطل بالرد ، كالعتق . وإن قلنا : يفتقر إلى القبول . فردّه ، بطل في حقه دون من بعده . وصار كالوقف المنقطع الابتداء ، يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناء على تفريق الصنفين .

و « الفروع » . والوجه الثاني ، يُشترط . قال في « المذهب » ، و « الخلاصة » : الإنصاف يُشترط في الأصح . قال الناطم : هذا أقوى . وقدمه في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » . وأطلقهما في « مسبوک الذهب » ، و « التلخيص » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الرعاية الكبرى » ، و « الزركشي » ، و « تجريد العناية » . قال الشيخ تقي الدين : وأخذ الربيع قبول .

تنبيه : أكثر الأصحاب يحكي الخلاف من غير بناء . وقال ابن منجي في « شرحه » ، بعد تعليل الوجهين : والأشبه أن يثبت ذلك على أن الملك ، هل ينتقل إلى الموقوف عليه ، أم لا ؟ فإن قيل بالانتقال ، قيل باشتراط القبول ، وإلا فلا . قال الحارثي : وبناء بعض أصحابنا المتأخرين على ذلك ، قال في

فصل : إذا وَقَفَ على مَنْ لا يجوزُ ثم على مَنْ يجوزُ ، فهو وَقَفٌ مُنْقَطِعٌ
 الابتداءِ ، كالْوَقْفِ على عَبْدِهِ ، أو أُمِّ وَلَدِهِ ، أو مَجْهُولٍ ، فإن لم يَذْكُرْ
 له مَالًا فالْوَقْفُ باطلٌ . وكذلك إن جَعَلَ له مَالًا لا يجوزُ الوقْفُ عليه ؛
 لأنه أَخْلَ بِأَحَدِ شَرْطَيِ الوقْفِ ، فَبَطَلَ ، كما لو وَقَفَ ما لا يجوزُ وقفه .
 وإن جَعَلَ له مَالًا يجوزُ الوقْفُ عليه ، كَمَنْ يَقِفُ على عَبْدِهِ ثم على
 الْمَسَاكِينِ ، ففي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بناءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وللشافعي
 قَوْلَانِ ، كالْوَجْهَيْنِ . فإذا قلْنَا : يَصِحُّ . وهو قولُ القاضى ، وكان مَنْ
 لا يجوزُ الوقْفُ عليه لا يُمَكِّنُ اغْتِيَارَ انْقِرَاضِهِ ؛ كَالْمَيِّتِ ، وَالْمَجْهُولِ ،

« الرَّعَايَتَيْنِ » : قلتُ : إن قلْنَا : هو لله . لم يُعْتَبَرِ الْقَبُولُ ، وإن قلْنَا : هو للمُعَيَّنِ ،
 وَالْجَمْعِ الْمَخْصُورِ . اغْتَبِرَ فِيهِ الْقَبُولُ . قال الْحَارِثِيُّ : وفي ذلك نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ الْقَبُولَ
 إن أُنِيطَ بِالْتَّمْلِيكِ ، فالْوَقْفُ لا يَخْلُو من تَمْلِيكِ ، سواء قِيلَ بِالامْتِنَاعِ أو عَدَمِهِ .
 انتهى . قال الزَّرْكَشِيُّ : وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْخِلَافَ على الْقَوْلِ بِالْإِنْتِقَالِ ؛ إذ لا نزاعَ بين
 الْأَصْحَابِ أَنَّ الْإِنْتِقَالَ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ هو المذهبُ ، مع اخْتِلَافِهِمْ فى الْمُخْتَارِ
 هنا . فعلى المذهبِ ، لا يُبْطَلُ بَرْدُهُ ، فَرَدُّهُ وَقَبُولُهُ وَعَدَمُهُمَا وَاحِدٌ ، كَالْعِتْقِ . جَزَمَ
 به فى « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال أَبُو الْمَعَالَى فى « النِّهَايَةِ » : إنه يَرْتَدُّ
 بَرْدُهُ ، كَالْوَكِيلِ . إذا رَدَّ الْوَكَاةَ ، وإن لم يَشْتَرِطْ لها الْقَبُولُ . قال الْحَارِثِيُّ : وهذا
 أَصَحُّ . وعلى الْقَوْلِ بِالِاشْتِرَاطِ ، قال الْحَارِثِيُّ : يُشْتَرِطُ اتِّصَالُ الْقَبُولِ بِالْإِجَابِ ،
 فَإِنْ تَرَاخَى عَنْهُ ، بَطَلَ ، كما يُبْطَلُ فى الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ . وعَلَّاهُ ، ثم قال : وإذا عَلِمَ هذا ،
 فَيَتَفَرَّغُ عَلَيْهِ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ الثَّانِي والثَّلَاثِ ، وَمَنْ بعدُ ؛ لِتَرَاخَى
 اشْتِغَاقِهِمْ عَنِ الْإِجَابِ ، ذَكَرَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . قال : وهذا يُشْكِلُ بِقَبُولِ
 الْوَصِيَّةِ مُتَرَاخِيًا عَنِ الْإِجَابِ . انتهى . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إذا اشْتَرِطَ الْقَبُولُ

الشرح الكبير

وَالْكَتَائِسِ ، صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا لَمَّا صَحَّحْنَا الْوَقْفَ مَعَ ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَلْعَيْنَاهُ ؛ لِتَعَدُّرِ التَّصْحِيحِ مَعَ اعْتِبَارِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ ؛ كَأَمِّ وَلَدِهِ ، وَعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، فَكَذَلِكَ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُصْرَفُ فِي الْحَالِ (إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ) مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ صُرِفَ إِلَى مَنْ يَجُوزُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ يَجُوزُ بِشَرْطِ انْقِرَاضِ هَذَا ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ ؛ لِتَعَدُّرِ اعْتِبَارِهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَٰذَيْنِ .

الإصناف

عَلَى الْمُعَيَّنِ ، فَلَا يَتَّبَعِي أَنْ يُشْتَرَطَ الْمَجْلِسُ ، بَلْ يَلْحَقُ بِالْوَصِيَّةِ وَالْوَكَّالَةِ ، فَيَصِحُّ ؛ مُعْجَلًا وَمُؤْجَلًا ، بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ ، فَأُخْذَ رِيْعُهُ قَبُولٌ . وَقَطَعَ ، وَاخْتَارَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِيسَةِ وَالْخَمْسِينَ » ، أَنَّ تَصْرِفَ الْمُوقِفِ عَلَيْهِ الْمُعَيَّنِ ، يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ بِالْقَوْلِ .

قَوْلُهُ : فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ ، دُونَ مَنْ بَعْدَهُ . هَذَا مُفَرَّغٌ عَلَى الْقَوْلِ بِاشْتِرَاطِ الْقَبُولِ . فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ كَالْمُنْقَطِعِ الْإِبْتِدَاءِ ، عَلَى مَا يَأْتِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَأْتِي فِيهِ وَجْهٌ بِالْبُطْلَانِ ، وَهَذَا ، أَغْنَى كَوْنَهُ كَالْمُنْقَطِعِ الْإِبْتِدَاءِ ، أَخَذَ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يَصِحُّ هَذَا ، وَإِنْ لَمْ تُصَحِّحْ فِي الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ أَصَحُّ ؛ كَتَعَدُّرِ اسْتِحْقَاقِهِ لِفَوْتِ وَصْفٍ فِيهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَصِحُّ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَيْسَ كَالْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِبْتِدَاءِ ،

فصل : فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط ، كمن وقف على ولده ، [٢١٨/٥ ط] ثم على عبده ، ثم على المساكين ، خرّج في صحة الوقف وجهان ، بناءً^(١) على ما نذكره في الوقف المنقطع الانتهاء . ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه ، فإن لم يمكن اعتبار انقراضه الغناؤه ، إذا قلنا بالصحة ، وإن أمكن اعتبار انقراضه ، فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين ، كما تقدم . فإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط ، كمن وقف على عبده ، ثم على أولاده ، ثم على الكنيسته ، خرّج في صحته أيضًا وجهان ، ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه إلى مصرف الوقف المنقطع .

الإنصاف بل الوقف هنا صحيح ، قولاً واحداً .

قوله : وكان كالووقف على من لا يجوز ، ثم على من يجوز . هذا الوقف المنقطع الابتدائي . وهو صحيح ، على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : جزم به أكثر الأصحاب . وبناءه في « المغني » ، ومن تابعه ، على تفريق الصنفين ، فأجرى وجهها بالطلاق . قال : وفيه بعد . فعلى المذهب ، يُصرف إلى من بعده ، كما قال المصنف . وهذا الصحيح من المذهب . قال الحارثي : وهو الأقوى . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » .

وفيه وجه آخر ، أنه إن كان من لا يجوز الوقف عليه يُعرف انقراضه ، كرجل معين ، صرف إلى مصرف الوقف المنقطع ، يغني المنقطع الانتهاء ، على ما يأتي . صرح به الحارثي ، إلى أن ينقض ، ثم يُصرف إلى من بعده . واختاره ابن

(١) سقط من : م .

وَأِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَا لَا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ
 ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ، أَنْصَرَفَ بَعْدَ
 انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقَفًّا عَلَيْهِمْ ، فِي
 إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِلَى أَقْرَبِ عَصَبِيَّتِهِ . وَهَلْ يَخْتَصُّ
 بِهِ فَقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَكُونُ
 [١٥٤] وَقَفًّا عَلَى الْمَسَاكِينِ .

٢٥٦٨ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَا لَا ،
 أَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ،
 أَنْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقَفًّا عَلَيْهِمْ ،
 فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِلَى أَقْرَبِ عَصَبِيَّتِهِ . وَهَلْ يَخْتَصُّ بِهِ
 فَقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَكُونُ وَقَفًّا عَلَى
 الْمَسَاكِينِ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِي صِحَّتِهِ عِنْدَ

غَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي ، وَقَالَ : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُصْرَفُ إِلَى أَقَارِبِ
 الْوَاقِفِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَا لَا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ،
 ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَنْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ
 وَقَفًّا عَلَيْهِمْ فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا ظَاهِرُ
 الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَائِثَيْنِ » ،
 وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . فَعَلِيهَا ، يُقَسَّمُ عَلَى قَدَرِ لِرْثَتِهِمْ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ »
 وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَه الْأَصْحَابُ . قَالَ الْقَاضِي : فَلْيَنْتِ مَعَ الْابْنِ الثَّلَثُ ،

القائلين بصحة الوقف ، ما كان معلوم الابتداء والانتهاء ، غير منقطع ، مثل أن يجعل على المساكين ، أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم . وإن كان غير^(١) معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ، ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة ، فهو صحيح أيضا . وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعي في أحد قوليه . وقال (أبو حنيفة ، و^(٢) محمد بن الحسن : لا يصح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الوقف مقتضاه التأيد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلم يصح ، كما لو وقف على مجهول في الابتداء . ولنا ، أنه تصرف معلوم المصرف ، فصح ، كما لو صرح بمصرفه المتصل ، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف ، حيل عليه ، كنقد البلد ، وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به ، فكأنه عيّنهم . إذا ثبت هذا ، فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف . وبه قال الشافعي ، إلا أنه قال : يكون وقفاً على أقرب الناس إلى الواقف ، الذكور والأنثى فيه سواء .

وله الباقي ، [٢٤٢/٢] وللأخ من الأم مع الأخ للأب السدس ، وله ما بقي . وإن كان جد وأخ ، قاسمه ، وإن كان أخ وعم ، انفرد به الأخ ، وإن كان عم وابن عم ، انفرد به العم . وقال الحارثي : وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال ، وتفضيل لبعض على بعض ، وهو لو وقف على أقاربه ، لما قالوا

(١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : الأصل . وهو قولهما . انظر فتح القدير ٢١٣/٦ .

وعن أحمد ، أنه يُصْرَفُ إلى الْمَسَاكِينِ . اختارَه الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ؛ لِأَنَّهُمْ مَصْرُفُ الصَّدَقَاتِ وَحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْكَفَّارَاتِ وَغَوَاهَا ، فَإِذَا وَجِدَتْ [٢١٩/٥] صَدَقَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ الْمَصْرَفِ ، انْصَرَفَتْ إِلَيْهِمْ ، كَمَا لَوْ نَذَرَ صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ ، أَنَّهُ يُجْعَلُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَرْجَعُ إِلَى الْوَاقِفِ وَإِلَى وَرَثَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ يُتَّفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَإِذَا انْقَرَضَ الْمُسَمَّى ، كَانَتْ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا صَدَقَةً عَلَى مُسَمًّى ، فَلَا تَكُونُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا قَالَ ^(١) : يُتَّفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَإِنَّهُ جَعَلَ الصَّدَقَةَ مُطْلَقَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَرَادَ مِلْكَهُ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ ،

فِي هَذَا التَّخْصِيسِ ، وَالتَّفْضِيلِ . وَكَذَا لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، أَوْ أَوْلَادِ زَوْجِهِ ، لَا يُفْضَلُ فِيهِ الذِّكْرُ عَلَى الْأُنْثَى ، وَقَدْ قَالُوا هُنَا : إِنَّمَا يُنْتَقَلُ إِلَى الْأَقَارِبِ وَقَفًا . انْتَهَى . فظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ مَالٌ إِلَى عَدَمِ الْمَفَاضَلَةِ . وَمَا هُوَ بَعِيدٌ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَعَنْهُ فِي أَقَارِبِهِ ؛ ذَكَرَهُمْ وَأَنْتَاهُمْ ؛ بِالسُّوِّيَّةِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ الْوَارِثُ . انْتَهَى . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَتِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ يُصْرَفُ إِلَى عَصَبَتِهِ . وَلَمْ يَذْكُرْ أَقْرَبَ . وَأَطْلَقَهُمَا ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » . فَعَلِيهِمَا ، يَكُونُ وَقَفًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » ،

(١) في م : كان .

كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف ، أنهم أولى الناس بصدقته ؛ لقول النبي ﷺ : « صدقتك على غير ذى رحمتك صدقة ، وصدقتك على ذى رحمتك صدقة وصلة »^(١) . وقال : « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »^(٢) . ولأنهم أولى الناس بصدقاته التوافل والمفروضات ، فكذا صدقته المنقولة . إذا ثبت هذا ، فإنه يكون للفقراء منهم والأغنياء في إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرقى ؛ لأن الوقف لا يختص الفقراء ، ولأنه لو وقف

و « الفائق » ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . قال في « المعنى »^(٣) : نص عليه . قال الحارثي : وإنما حذف ذكر الوقف في الرواية الثانية ؛ اختصاراً واكتفاءً بذكره المتقدم في رواية العود إلى الورثة . انتهى . وقال ابن منجى في « شرحه » : مفهوم قوله : في الورثة . يكون وفقاً عليهم ، على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبية ، لا يكون وفقاً . ورده الحارثي ، فقال : من الناس من حمل رواية العود إلى أقرب العصبية ، في كلام المصنف ، على العود ملكاً . قال : لأنه قيد رواية العود إلى الورثة بالوقف ، وأطلق هنا ، وأثبت بذلك وجهها . قال : وليس كذلك ؛ فإن العود إلى الأقرب ملكاً إنما يكون بسبب الإرث ، ومعلوم أن الإرث لا يختص بأقرب العصبية . وأيضاً فقد حكى خلافاً في اختصاص العود بالفقراء بهم ، ولو كان إراثاً لما اختص بالفقراء ، مع أن المصنف صرح بالوقف في ذلك في « كتابته » ، وكذلك الذين نقل من كتبهم ، كالقاضي ، وأبي الخطاب .

(١) تقدم تخريجه في ٢٨٠/٧ .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٤٣/١١ . في حديث : « والثلاث كثير » .

(٣) المعنى ٢١٢/٨ .

على أولاده ، تناول الأغنياء والفقراء ، كذا ههنا . وفيه وجه آخر ، أنه يختص الفقراء منهم ؛ لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ، ولأننا خصصنا الأقارب بالوقف ، لكونهم أولى الناس بالصدقة ، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء . واختلفت الرواية في من يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففي إحدى الروايتين ، يختص بالورثة منهم ؛ لأنهم الذين صرف الله إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يصرف إليهم من ماله ما لم يذكر له مضرراً . فعلى هذا ، يكون بينهم على حسب ميراثهم ، ويكون وقفاً عليهم . نص عليه أحمد ، وذكره القاضي ؛ لأن الوقف يقتضي

انتهى . وعنه ، يكون ملئاً . قال في « الفائق » : وقيل : يكون ملئاً . اختاره الخريفي . قال في « المعنى »^(١) : ويختصه كلام الخريفي . قال في « الفائق » : وقال ابن أبي موسى : إن رجوع إلى الورثة ، كان ملئاً ، بخلاف العصبية . قال الشيخ تقي الدين : وهذا أصح وأشبه بكلام أحمد ، وعلى الروايتين أيضاً ، هل يختص به فقراؤهم ؟ على وجهين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الرعاية الكبرى » ، وغيرهم ؛ أحدهما ، عدم الاختصاص . وهو المذهب . قال الحارثي : هذا الأصح في المذهب . قال الناطم : هذا الأقوى . وجزم به في « المحرر » وغيره . قال الزركشي : هو ظاهر كلام الإمام أحمد ، والخريفي . وقدمه في « الخلاصة » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » . والوجه الثاني ، يختص به فقراؤهم . اختاره القاضي في كتاب « الروايتين » .

التَّائِيدَ ، وَإِنَّمَا صَرَفْنَاهُ إِلَى هَؤُلَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَحَقُّ النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، فَيُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ مَعَ بَقَائِهِ صَدَقَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُصَرَّفَ إِلَيْهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْإِزْث ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَيَنْطَلُ الْوَقْفُ فِيهِ ، كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ دُونَ [٢١٩/٥ ظ] بَقِيَّةِ الْوَرْتَةِ ^(١) ، وَدُونَ الْبَعِيدِ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَيَقْدُمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَوْلَاءِ ^(٢) الْمَوَالِي ، لِأَنَّهُمْ خُصُّوا بِالْعَقْلِ عَنْهُ ، وَبِمِيرَاثِ مَوَالِيهِ ، فَخُصُّوا بِهِذَا أَيْضًا . قَالَ شَيْخُنَا ^(٣) : وَهَذَا لَا يَقْوَى عِنْدِي ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُمْ لِهَذَا دُونَ غَيْرِهِمْ مِنَ النَّاسِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِذَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا وَلَا إِجْمَاعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثِ وَلَاءِ الْمَوَالِي ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هَهُنَا ، وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرَفُهُ

فائدة : متى قلنا برُجوعه إلى أقارب الواقف ، وكان الواقف حيًّا ، ففي رُجوعه إليه أو إلى عَصَبَتِهِ وَذُرِّيَّتِهِ رَوَايَتَانِ . حَكَاهُمَا ابْنُ الزَّاعُونِيُّ فِي « الْإِفْتَاءِ » رَوَايَةً ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَدْخُلُ . قَطَعَ بِهِ ابْنُ عُقَيْلٍ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّبْعِينَ » . وَكَذَا لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَنْسَالِهِمْ ، عَلَى أَنَّ مَنْ تَوَفَّى مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، رَجَعَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، فَتَوَفَّى أَحَدُ أَوْلَادِ الْوَاقِفِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، وَالْأَبُ الْوَاقِفُ حَيٌّ ، فَهَلْ يَعُودُ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِ ، لَكَوْنِهِ أَقْرَبَ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَمْ لَا ؟ تَخْرُجُ عَلَى مَا قَبْلَهَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ . وَالسَّأَلَةُ مُتَلَفِّتَةٌ إِلَى دُخُولِ الْمُخَاطَبِ فِي خِطَابِهِ .

(١) فِي م : « الْوَرَاثِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « كَوْلَاءِ » .

(٣) فِي : الْمَغْنَى ٢١٢/٨ .

الشرح الكبير

إلى الْمَسَاكِينِ ، لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنَّهُمْ أَوْلَى بِزَكَاتِهِ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَا نَا إِذَا صَرَفْنَاهُ إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَانْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ^(١) وَفَقَا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابَ الْجَارِي عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لَكَوْنِهِمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مِلْكًا لَهُمْ . فَإِنَّهُ يُصْرَفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطُلُ الْوَقْفِ فِيهِ بَانْقِطَاعِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَارِثَ لَهُ ، فَكَانَ بَيْتُ الْمَالِ أَوْلَى بِهِ .

تبيينه : لو لم يكن للواقف أقارب ، رجع على الفقراء والمساكين . على الإنصاف الصحيح . جزم به ابن عقيل في « التذكرة » ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب « التلخيص » ، وغيرهم . وقدمه في « الفائق » . وقال ابن أبي موسى : يُبَاعُ ، وَيُجْعَلُ ثَمَنُهُ فِي الْمَسَاكِينِ . وقيل : يُصْرَفُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ . نص عليه في رواية ابن إبراهيم ، وأبي طالب ، وغيرهما . وقطع به ^(٢) أبو الخطاب ، وصاحب « المحرر » ، وغيرهما ^(٣) . وقدمه الزركشي . وفي أصل

(١) في م : « أو المساكين » .

(٢-٣) في ط : « في المهر وغيره » .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يَجُوزُ ، ثم على مَنْ لا يَجُوزُ ، كَمَنْ وَقَفَ على أولاده ، ثم على الْبَيْعِ ، صَحَّ الْوَقْفُ أَيْضًا ، وَيَرْجِعُ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ

الْمَسْأَلَةُ ، مَا قَالَه الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي قَالَه الْقَاضِي فِيهِ ، هُوَ فِي كِتَابِهِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، قَالَه الْحَارِثِيُّ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . اخْتَارَهَا جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْلَوِيُّ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ أَيْضًا . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . قَالَ النَّاطِظُ : هِيَ أَوَّلَى الرِّوَايَاتِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا لَا أَعْلَمُهُ نَصًّا عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : إِنْ كَانَ فِي أَقْرَابِ الْوَاقِفِ قُرَّاءٌ ، فَهَمَّ أَوَّلَى بِهِ ، لَا عَلَى الْوُجُوبِ . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، يُصَرَّفُ فِي الْمَصَالِحِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَقَالَ : نَصُّ عَلَيْهِ . قَالَ : وَنَصَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو جَعْفَرٍ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : أَنْصُ الرِّوَايَاتِ أَنْ يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ يُصَرَّفُ فِي مَصَالِحِهِمْ . فَعَلَى هَاتَيْنِ الرِّوَايَتَيْنِ ، يَكُونُ وَقْفًا أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، يَرْجِعُ [٢٤٢/٢ ط] إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ الْحَيِّ . وَنَقَلَ حَرْبٌ ، أَنَّهُ ، قَبْلَ وَرَثَتِهِ ، لَوَرَثَةُ الْمُوقِفِ عَلَيْهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، إِنْ وَقَفَ عَلَى عَيْبِدِهِ ، لَمْ يَسْتَقِمَّ . قُلْتُ : فَيَعْتَقُهُمْ ؟ قَالَ : جَائِزٌ . فَإِنْ مَاتُوا وَلَهُمْ أَوْلَادٌ ، فَهُوَ لَهُمْ ، وَلَا فَلِلْعَصْبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصْبَةٌ ، يَبِيعُ وَفُرِّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ .

فائدة : لِلْوَقْفِ صِفَاتٌ ؛ إِحْدَاهَا ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْوَسْطِ وَالْإِنْتِهَاءِ . الثَّانِيَةُ ، مُنْقَطِعُ الْإِبْتِدَاءِ ، مُتَّصِلُ الْإِنْتِهَاءِ . الثَّلَاثَةُ ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ ، مُنْقَطِعُ الْإِنْتِهَاءِ ، عَكْسُ الَّذِي قَبْلَهُ . الرَّابِعَةُ ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ ، مُنْقَطِعُ الْوَسْطِ . الْخَامِسَةُ ، عَكْسُ

يجوزُ الوقْفُ عليه إلى مَنْ يُصَرَّفُ إليه الوقْفُ المُتَقَطِّعُ ، كالمسألةِ قبلها ؛ لأنَّ ذِكْرَ مَنْ لا يجوزُ الوقْفُ عليه وَعَدَمَهُ واحدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحُّ الوقْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : فَإِنْ قال : وَقَفْتُ هذا . وَسَكَتَ ، أَوْ قال : صَدَقْتُ مَوْقُوفَةً . ولم يَذْكُرْ سَبِيلَهُ ، فلا نَصَّ فيه . وقال ابنُ حامِدٍ : يَصِحُّ الوقْفُ . قال

الذى قبله ، مُتَقَطِّعُ الطَّرَفَيْنِ ، صحيحُ الوَسْطِ . وَأَمَّا ثَلَاثُها واضِحَةٌ ، وكلُّها صحيحةٌ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وَخُرُجُ وَجْهٍ بِالْبُطْلَانِ في الوقْفِ المُتَقَطِّعِ مِنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، على ما تقدَّم ، وروايةٌ بأنَّه يُصَرَّفُ في المَصالِحِ . (قال في « الرَّعَايَةِ » ، في مُتَقَطِّعِ الآخِرِ : صَحَّ في الأصَحِّ) . السَّادِسَةُ ، مُتَقَطِّعُ الأوَّلِ والوَسْطِ . والأخيرُ ؛ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ على مَنْ لا يَصِحُّ الوقْفُ عليه ، ويسكُتُ ، أَوْ يَذْكُرُ ما لا يَصِحُّ الوقْفُ عليه أيضًا ، فهذا باطلٌ ، بلا نزاعٍ بَيْنَ الأصحابِ . فالصَّفَقَةُ الأوَّلَى ، هِيَ الْأَصْلُ في كلامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، وَالصَّفَقَةُ الثَّانِيَةُ ، تُؤْخَذُ مِنْ كَلامِ الْمُصَنِّفِ ، حَيْثُ قال : وَكانَ كما لو وَقَفَ على مَنْ لا يجوزُ ، ثُمَّ على مَنْ يجوزُ . وَالصَّفَقَةُ الثَّالِثَةُ ، تُؤْخَذُ مِنْ كَلامِهِ أيضًا ؛ حَيْثُ قال : وَإِنْ وَقَفَ على جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، ولم يَذْكُرْ له ما لَّا ، أَوْ على مَنْ يجوزُ ، ثُمَّ على مَنْ لا يجوزُ . وَالرَّابِعَةُ ، وَالخَامِسَةُ ، لم يَذْكُرْهما الْمُصَنِّفُ ، لَكِنَّ الحُكْمَ واحدٌ .

قوله : أَوْ قالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ . يَعْنِي ، أَنْ قَوْلَهُ : وَقَفْتُ . وَيَسْكُتُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الوقْفِ المُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ ، فالوقْفُ صحيحٌ عِنْدَ الأصحابِ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وقال في « الرُّوضَةِ » : على الصَّحيحِ عِنْدَنَا . انتهى . فظاهِرُهُ ، أَنَّ في الصَّحَّةِ خِلَافًا . فعلى المذهبِ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الوقْفِ المُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ في مَضَرِّهِ . على

وَإِنْ قَالَ: وَقَفْتُهُ سَنَةً. لَمْ يَصِحَّ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ، وَيُضَرَفُ بَعْدَهَا

القاضي: هو قياس قول أحمد، فإنه قال في النذر المطلق: يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ. وهو قول مالك، والشافعي في أحد قوليه؛ لأنه إزالة ملك على وجه القرينة، فوجب أن يصح مطلقاً، كالأضحية، والوصية. ولو قال: وَصَّيْتُ بِثُلْثِ مَالِي. صَحَّ، وإذا صحَّ ضُرف إلى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه، كما ذكرنا.

٢٥٦٩ - مسألة: [٢٢٠/٥] (وإن قال: وَقَفْتُ دَارِي سَنَةً) أو إلى يومٍ يَفْدُمُ الْحَاجُّ (لم يَصِحَّ) في أحد الوجهين؛ لأن مقتضى الوقف

الصحيح من المذهب، كما قاله المصنف هنا. وقطع به القاضي في «المجتر» ، وابن عقيل. واختاره صاحب «التلخيص» وغيره. وجزم به في «الرعاية الصغرى» ، و«الحاوي الصغير» ، و«الوجيز» ، وغيرهم. وقدمه في «الفروع» ، و«الرعاية الكبرى» ، وقال: نص عليه. وقال القاضي وأصحابه: يُضَرَفُ في وجوه البر. قال الحارثي: الوجه الثاني، يُضَرَفُ في وجوه البر والخير. قطع به القاضي في «التعليق الكبير» ، و«الجامع الصغير» ، وأبو علي بن شهاب، وأبو الخطاب في «الخلاص الصغير» ، والشريفان، وأبو جعفر، والثيودي، وأبو الحسين القاضي، والعكبري في آخرين. وفي عبارة بعضهم، وكان لجماعة المسلمين. وفي بعضها، ضُرف في مصالح المسلمين. والمعنى مُتَّحِدٌ. انتهى. قال في «عيون المسائل» ، في هذه المسألة وفي قوله: تَصَدَّقْتُ بِهِ. تكون لجماعة المسلمين.

قوله: وَإِنْ قَالَ: وَقَفْتُهُ سَنَةً. لم يَصِحَّ. هذا المذهب. قال ابن منجي: هذا

التَّائِيْدُ ، وهذا يُنَافِيهِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَقَطِّعُ الْإِنْتِهَاءِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . فَهُوَ كَمُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ ، يُصْرَفُ إِلَى مَصْرَفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفٌ عَلَى وَلَدِي سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : وَقَفٌ عَلَى وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ مَوْتِي لِلْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَقَفٌ مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَإِنْ قَالَ : وَقَفٌ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِي . صَحَّ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَيَلْغُو قَوْلُهُ : عَلَى أَوْلَادِي . لِأَنَّ الْمَسَاكِينِ لَا أَنْقِرَاضَ لَهُمْ .

المذهبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّنْظِيمِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، الْإِنْصَافُ ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَيَخْتَلِفُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُصْرَفُ بَعْدَهَا مَصْرَفُ الْمُتَقَطِّعِ ، يَعْنِي مُتَقَطِّعُ الْإِنْتِهَاءِ ، وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، وَيَلْغُو تَوْقِيتُهُ .

فائدة : لَوْ وَقَفَهُ عَلَى وَلَدِهِ سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى زَيْدٍ سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى عَمِّهِ سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْتَهَ إِتْدَاءً وَإِنْتِهَاءً . وَكَذَلِكَ قَالَ : وَقَفْتُهُ عَلَى وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ عَلَى زَيْدٍ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ .

المقنع وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥٧٠ - مسألة : (وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ) ظاهرُ المذهبِ أَنَّ الْوَقْفَ يَزُولُ بِهِ مِلْكُ الْوَاقِفِ ، وَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَإِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، يُوَكَّلُ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَيَلْزَمُ^(١) بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعِنَقِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعِنَقِ أَشْبَهُ ، وَالْحَاقِقُ بِهِ أَوَّلَى .

الإنصاف

قوله : وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » : وَهُوَ الْأَشْبَهُ ، وَاخْتِيَارُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، وَالْمَنْصُورُ عَنْدهُمْ فِي الْخِلَافِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَشْهُورُ وَالْمُخْتَارُ الْمَعْمُولُ بِهِ مِنَ الرَّوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، يُشْتَرَطُ أَنْ يُخْرِجَهُ عَنْ يَدِهِ . قَطَعَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَلَمْ يَلْزَمْ » .

موسى في « كتابيهما ». وقدمه الحارثي في « شرحه » ، واختاره . وأطلقهما في الإنصاف
 « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « القواعد الفقهية » .
 ويأتي التنبيه على هذا أيضًا ، عند قول المصنف : والوقف عقد لازم . قال في
 « الفروع » : رأيت بعضهم قال : قال القاضي في « خلافه » : لا يختلف
 مذهبه ، أنه إذا لم يكن يضرفه في مصاريفه ، ولم يُخرجه عن يده ، أنه يقع باطلاً .
 انتهى . فعلى القول بالاشتراط ، فالمعتبر عند أحمد التسليم إلى ناظر يقوم به . قاله
 الحارثي ، وقال : وبالجملة ، فالمساجد والقناطر والآبار ، ونحوها يكفي التخليّة
 بين الناس وبينها ، من غير خلاف . قال : والقياس يقتضي التسليم إلى المعين
 الموقوف عليه ، إذا قيل بالانتقال إليه ، وإلا ، فإلى الناظر أو الحاكم . انتهى .
 وعلى القول بالاشتراط أيضًا ، لو شرط نظره لنفسه ، سلمه لغيره ، ثم ارتجعه منه .
 قاله في « الفروع » . قال الحارثي : وأما التسليم إلى من يتصبه هو ، [٢٤٣/٢]
 فالمنصوب ؛ إما غير ناظر ، فوكيل مخضّ يده كيده ، وإما ناظر ، فالنظر لا يجب
 شرطه لأجنبي ، فالتسليم إلى الغير غير واجب . انتهى . قلت : وهذا هو الصواب .

فائدة : إذا قلنا بالاشتراط ، فهل هو شرط لصحة الوقف ، أو لزومه ؟ ظاهره
 كلام جماعة ؛ منهم صاحب « الكافي » ، و « المحرر » ، و « الفروع » ،
 وغيرهم ، أنه شرط للزوم ، لا شرط للصحة . ويختلّمه كلام المصنف . وصرّح
 به الحارثي ، فقال : وليس شرطًا في الصحة ، بل شرط للزوم . وجزم به في
 « المعنى » ، و « الشرح » . وصرّح به أبو الخطاب في « انتصاره » ، وصاحب
 « التلخيص » ، وغيرهم . قاله في « القاعدة التاسعة والأربعين » . فعلى هذا ،
 قال ابن أبي موسى ، والسمري ، وصاحب « التلخيص » ، و « الفائق » ،

فَصْلٌ : وَيَمْلِكُ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وَعَنْهُ لَا يَمْلِكُهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (وَيَمْلِكُ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وعنه ، لَا يَمْلِكُهُ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْمَلِكَ يَتَّقِلُ فِي الْمُوقُوفِ إِلَى الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ . قال أحمدُ : إِذَا وَقَفَ دَارَهُ عَلَى وَلَدٍ أَخِيهِ ، صَارَتْ لَهُمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ مَلَكُوهُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ، فَإِنَّ جَمَاعَةً نَقَلُوا عَنْهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَرَثَتِهِ فِي مَرَضِهِ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ ، وَلَا يُصِيرُ مَلِكًا لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنَّمَا يَتَّفَعُونَ بِعَلَّتِهَا . وَهَذَا يَدُلُّ بِظَاهِرِهِ

الإنصاف

وغيرهم : إِنْ مَاتَ قَبْلَ إِخْرَاجِهِ وَجِازَتِهِ ، بَطُلَ ، وَكَانَ مِيرَاثًا . قَالَه الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلِ الْأَوَّلَى هُنَا ، اللَّزُومُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، أَنَّ الْخِلَافَ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ . وَصَرَّحَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مُسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، فَقَالُوا : هَلْ يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ إِخْرَاجُهُ عَنْ يَدِ الْوَاقِفِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : لَا يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ إِخْرَاجُهُ عَنْ يَدِهِ .

قوله : وَيَمْلِكُ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ الشَّرِيفَانِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيْزَائِيُّ ، وَابْنُ بَكْرُوسٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَمْلِكُهُ . بَلِ هُوَ مِلْكُ اللَّهِ . وَهُوَ ظَاهِرُ اخْتِيَارِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، قِيَاسًا عَلَى الْعِنَقِيِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قَالَه الْحَارِثِيُّ : وَبِهِ أَقُولُ . وَعَنْهُ ، مِلْكُ الْوَاقِفِ . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يُوَافِقْهُمَا عَلَى ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْ مُتَقَدِّمِي أَهْلِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا مُتَأَخِّرِيهِمْ . انْتَهَى . وَقَدْ ذَكَرَهَا مِنْ بَعْدِهِمْ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ كَصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » ، وَالزَّرْكَشِيِّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ

على أنهم لا يملكون . ويَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ : لَا يَمْلِكُونَ . أَيْ لَا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فِي الرُّقْبَةِ ، فَإِنَّ فَائِدَةَ الْمِلْكِ وَآثَارَهُ ثَابِتَةٌ فِي الْوَقْفِ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ مِنَ الْاِخْتِلَافِ نَحْوُ مَا حَكَيْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِي الْوَقْفِ إِلَّا زَمَ ، بَلْ يَكُونُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَنِ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ [٢٢٠/٥ ط] عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ بِتَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ ، فَانْتَقَلَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، كَالْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَبَبٌ يُزِيلُ مِلْكَ الْوَاقِفِ ، وَجَدَ ^(١) إِلَى مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ عَلَى وَجْهِهِ لَمْ يُخْرِجِ الْمَالَ عَنْ مَالِيَّتِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَقِلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ ، كَالِهَبَةِ وَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ ، لَمْ يَلْزَمْ ، كَالْعَارِيَةِ وَالسُّكْنَى ، وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ ، كَالْعَارِيَةِ ، وَيُفَارِقُ الْعِتْقَ ، فَإِنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ فِي الرُّقْبَةِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ .

في « فوائده » : وعلى رواية أنه لا يملكه ، فهل هو ملك للواقف ، أو لله ؟ فيه إختلاف .

تسبيه : لهذا الإختلاف فوائد كثيرة . منها ما ذكره الْمُصَنِّفُ هُنَا ؛ فَمِنْهَا ، لَوْ وَطِئَ الْجَارِيَةُ الْمُوقُوفَةَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَتَجَبُّ أَنْ يَتَنَبَّهَ عَلَى الْمِلْكِ إِنْ جَعَلْنَاهُ لَهُ ، فَلَا حَدَّ ، وَإِلَّا فَعَلِيهِ الْحَدُّ . قَالَ : وَفِي « الْمُغْنَى » وَجْهٌ بِوُجُوبِ الْحَدِّ فِي وَطْءِ الْمُوَصَّى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ . قَالَ : لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَلَزِمَتْهُ كَالْمُسْتَأْجِرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :

(١) في م : وجه .

وَيَمْلِكُ صُوفَهُ وَلَبَنَهُ وَثَمَرَتَهُ وَنَفْعَهُ . وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ . وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ،

٢٥٧١ - مسألة : (وَيَمْلِكُ صُوفَهُ وَلَبَنَهُ وَثَمَرَتَهُ وَنَفْعَهُ) لَأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكُهُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا .

٢٥٧٢ - مسألة : (وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ) لَا يَجُوزُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَطْءُ الْأَمَةِ الْمَوْقُوفَةِ ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمَنُ حَبْلَهَا ، فَتَنْقُصُ أَوْ تَتَلَفُ أَوْ تَخْرُجُ مِنَ الْوَقْفِ بِكَوْنِهَا أُمٌّ وَلَدٍ ، وَلَأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ . فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجِبَ لَوَجِبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ لِلْإِنْسَانِ شَيْءٌ عَلَى نَفْسِهِ .

٢٥٧٣ - مسألة : وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) يَوْمَ الْوَقْفِ ، يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَتْ رِقَّةُ ،

فَيُطْرَدُ الْحَدُّ هُنَا عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَمِ الْمِلْكِ ، إِلَّا أَنْ يَدْعِيَ الْجَهْلُ ، وَمِثْلُهُ يَجْهَلُهُ . وَمِنْهَا ، قَوْلُهُ : وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدِهِ تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ . يَعْنِي ، تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ إِنْ قُلْنَا : هِيَ مِلْكٌ لَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَهِيَ وَقَفَ بِحَالِهَا .

قوله : وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ . يَعْنِي قِيمَةَ الْوَلَدِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ قِيمَةُ الْوَلَدِ ، إِذَا أَوْلَدَهَا . وَغَرَاهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » إِلَى اخْتِيَارِ أَبِي الْخَطَّابِ .

وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدِهِ ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرْكِهِ ، ^{المقنع} وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا وَتَكُونُ وَقْفًا .

وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَلَهَا بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ . فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ (وَتَجِبُ ^{الشرح الكبير} قِيمَتُهَا فِي تَرْكِهِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْبُطُونِ ، فَيُشْتَرَى بِهَا جَارِيَةٌ (تَكُونُ وَقْفًا) مَكَانَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ . لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ .

فصل : « فَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ الْمُوقُوفَ » ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَازِمٌ ، فَلَا يَتِمَّكُنُ مِنْ إِبْطَالِهِ . فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْعَبْدِ وَقْفًا وَنِصْفُهُ طَلْقًا ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الطَّلْقِ ، لَمْ يَسِرْ عِتْقُهُ إِلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْتِقْ بِالْمُبَاشَرَةِ فَبِالسَّرَايَةِ أَوْلَى .

قوله : وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرْكِهِ ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا تَكُونُ وَقْفًا . هَذَا الْمَذْهَبُ . ^{الإيناف} قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ » . وَقِيلَ : تُصَرَّفُ قِيمَتُهَا لِلْبَطْنِ الثَّانِي ، إِنْ تَلَقَّى الْوَقْفَ مِنْ وَاقِفِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : فَدَلُّ عَلَى خِلَافِهِ . وَقَالَ فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَ« الْفُصُولِ » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : الْبَطْنُ الثَّانِي يَتَلَقَّوْنَهُ مِنْ وَاقِفِهِ ، لَا مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ . وَصَحَّحَهُ الطُّوْبِيُّ فِي « قَوَاعِيدِهِ » . فَلَهُمُ الْبَيِّنُ مَعَ شَاهِدِهِمْ ؛ لثُبُوتِ الْوَقْفِ ، مَعَ امْتِنَاعِ بَعْضِ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ مِنْهَا . قَالَ فِي الْفَائِقِ : وَهَلْ يَتَلَقَّى الْبَطْنُ الثَّانِي الْوَقْفَ مِنَ الْبَطْنِ الَّذِي قَبْلَهُ ، أَوْ مِنَ الْوَاقِفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَعْتَقَهَا » .

وَأِنْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ
لِأَهْلِ الْوَقْفِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى
بِهَا مِثْلُهَا ،

٢٥٧٤ - مسألة : (وَإِنْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ)
لَاغْتِقَادِهِ أَنَّهُ يَطَأُ فِي مِلْكِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ عَبْدًا (وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ
الْوَقْفِ) لِأَنَّهُ وَطَّئَ جَارِيَتَهُمْ فِي غَيْرِ مِلْكٍ ، أَشْبَهَ الْأَمَةَ الْمُطْلَقَةَ ، وَتَجِبُ
قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، فَمَنْعَهُ اعْتِقَادُ الْحُرِّيَّةِ مِنْ
الرَّقِّ ، فَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَضَعُهُ
حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ وَطَّئَهَا مُكْرَهَةً أَوْ طَاوَعْتَهُ ،
فَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ ، وَالْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَ جَارِيَةً
غَيْرَهُ ، وَيَكُونُ وَلَدُهَا وَقْفًا مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهَا .

٢٥٧٥ - مسألة : (وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى بِهَا
[٢٢١/٥] مِثْلُهَا) سِوَاءَ أَتَلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ أَوْ الْوَاقِفُ ، كَمَا لَوْ أَتَلَفَ غَيْرَ
الْوَقْفِ . وَإِنْ أَتَلَفَهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ أَيْضًا ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهُ

قوله : وَإِنْ وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ
الْوَقْفِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا . يَعْنِي ،
يُشْتَرَى بِقِيَمَةِ الْوَلَدِ وَقِيَمَةِ أُمِّهِ ، إِذَا تَلَفَتْ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُشْتَرَى
بِهَا مِثْلُهُمَا ، إِنْ بَلَغَ ، أَوْ شَقِصًا ، إِنْ لَمْ يَبْلُغْ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ
الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ هَهُنَا ، وَلَا يَلْزُمُهُ قِيَمَتُهُ إِنْ أَوْلَدَهَا .
المقتنع

يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهِ ، إِنَّمَا لَهُ نَفْعُهُ (وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَمْلِكَ) الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ (قِيَمَةَ الْوَلَدِ) فِيمَا إِذَا وَطَّئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ،
فَأَتَتْ بَوْلَدٍ (وَلَا يَلْزُمُهُ قِيَمَتُهُ إِنْ أَوْلَدَهَا) لِذَلِكَ .
الشرح الكبير

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ هَهُنَا . يَعْنِي ، يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ قِيَمَةَ الْوَلَدِ
هنا ، على هذا الاحتمال . واختاره أبو الخطاب . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « التَّلْخِيسِ » ، وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْهَدَايَةِ » .
الإنصاف

فائدة : لو أْتَلَفَهَا إِنْسَانٌ ، لَزِمَهُ قِيَمَتُهَا ، يَشْتَرِي بِهَا مِثْلَهَا . وَإِنْ حَصَلَ الْإِتْلَافُ
فِي جُزْءٍ بِهَا ، كَقَطْعِ طَرَفٍ مِثْلًا ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَشْتَرِي بِأَرْشِهَا شَقَصٌ يَكُونُ وَقْفًا .
قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقِيلَ : يَكُونُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَمَا اخْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « التَّلْخِيسِ » . وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ ، فَلَا أَرْشَ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ .

فائدة أُخْرَى^(١) : لو قَتَلَ الْمَوْقُوفَ عَبْدٌ مَكَافِيٌّ . فَقَالَ فِي « الْمَعْنَى »^(٢) :
الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ [٢٤٣/٢ ط] ،
فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَتَحْرِيرُ
قَوْلِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، أَنَّ الْعَبْدَ الْمَوْقُوفَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمَلَاكِ ، وَمِنْ شَرْطِ اسْتِيفَاءِ
الْقِصَاصِ ، مُطَابَقَةُ كُلِّ الشُّرَكَاءِ ، وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ . قَالَ : وَفِيهِ بَحْثٌ ، وَذِكْرُهُ ، وَمَالَ
إِلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ .

(١) زيادة من : ١ .

(٢) المعنى ٢٢٦/٨ .

وَلَهُ تَزْوِيجُ الْجَارِيَةِ وَأَخْذُ مَهْرِهَا ، وَوَلَدُهَا وَقَفٌ مَعَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ .

٢٥٧٦ - مسألة : (وله تزويج الأمة وأخذ مهرها ، وولدها وقفٌ معها . ويحتمل أن يملكه) يجوز للموقوف عليه تزويج الأمة الموقوفة ؛ لأنه عقدٌ على منفعتها ، أشبه الإجارة ، ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة ، فلا يتصرَّر بتمليك غيره إياها ، والمهر للموقوف عليه ؛ لأنه بدلٌ نفعيها ، أشبه الأجرة . ويحتمل أن لا يجوز تزويجها ؛ لأنه عقدٌ على منفعتها في العمر ، فيفضي إلى تفويت منفعتها في حق البطن الثاني ، ولأن النكاح يتعلَّق به حقوقٌ من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ، ومبيتها عنده ، فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني . فإن طلبت التزويج وجب تزويجها ؛ لأنه حقٌ لها طلبته ، فتعينت الإجابة إليه ، وما فات من الحق به ، يفوت تبعاً لإيفائها حقها ، فلا يكون مانعاً

تنبيه : ظاهرُ كلام المصنّف هنا ، وفتية البدل بنفس الشراء ؛ لاستدعاء البدلية ثبوت حكم الأصل للبدل . وهو الصحيح من الوجهين ، وقطع به في « التلخيص » ، و « الرعاية » . وظاهرُ كلام الخِرقي وغيره ، أنه لا بد من إنشاء عقد الوقف ، فإنه قال : وإذا خرب الوقف ، ولم يرُد شيئاً ، بيع واشترى بئمه ما يرُدُّ على أهل الوقف ، وجعل وفقاً كالأول . قال الحارثي : وكذا نص أبو عبد الله في رواية بكر بن محمد . قال : وبهذا أقول . ويأتي في آخر تبع الوقف باتم من هذا ، وكلام الزركشي وغيره .

ومن فوائد الخلاف ، قول المصنّف : وله تزويج الجارية . يعني ، إذا قلنا :

وإن جنى الوقف خطأً ، فالأرض على الموقوف عليه . ويَحْتَمِلُ المقنع

الشرح الكبير من تزويجها ، كغير الموقوفة إذا طلبت ذلك . وإذا زوجه فولدت من الزوج ، فولد لها وقف معها ؛ لأن كل ذات رحم حكمه حكمها ؛ كما أم الولد ، والمكاتب . ويَحْتَمِلُ أن يملك الموقوف عليه ولدها ؛ لأنه من نساها .

٢٥٧٧ - مسألة : (وإن جنى الوقف خطأً ، فالأرض على الموقوف

الإنصاف يملك الموقوف عليه الوقف . وعلى الرواية الثانية ، يزوجه الحاكم . وعلى الثالثة ، يزوجه الواقف . قاله الزركشي ، وابن رجب في « قواعد » ، والحرثي . لكن إذا زوج الحاكم ، اشترط إذن الموقوف عليه ، قاله في « التلخيص » وغيره . وهو واضح . وكذا إذا زوجه الواقف . قاله الزركشي من عنده . قلت : هو مراد من لم يذكره قطعاً . وقد طرده الحرثي في الواقف والناظر ، إذا قيل بولائيهما . وقيل : لا يجوز تزويجها بحال ، إلا إذا طلبته . وهو وجه في « المعنى » . قال في « الرعاية » : ويَحْتَمِلُ منع تزويجها ، إن لم تطلبه .

قوله : فولد لها وقف معها - هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب - ويَحْتَمِلُ أن يملكه الموقوف عليه . وهو اختيار أبي الخطاب ، كما تقدم في نظيره . قال الحرثي : وهذا أشبه بالصواب . ونسب الأول إلى الأصحاب . وبأني : هل يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه ؟ في الفوائد قريباً .

ومن الفوائد ، قول المصنف : وإن جنى الوقف خطأً ، فالأرض على الموقوف عليه . يعني ، إذا قلنا : إنه يملك الموقوف عليه . وهو المذهب . وعلى الرواية الثانية ، تكون جنايته في كسبه . على الصحيح . قدمه في « الفروع » ، و « القواعد » ، و « المحرر » . وقيل : في بيت المال . وهو رواية في

عليه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي كَسْبِهِ (إِذَا جَنَى الْوَقْفُ جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لَمْ يَتَعَلَّقْ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُ أَرْضِهِ بِرَقَبَتِهِ ، فَكَانَ عَلَى مَالِكِهِ ، كَجِنَايَةِ أُمِّ الْوَلَدِ . وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ لَا يُمْلِكُ . فَلَا أَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، لَكَوْنِهَا لَا تُبَاعُ ، وَبِالْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَكَانَ فِي كَسْبِهِ ، كَالْحُرِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُغْسِرِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَهَذَا اخْتِمَالٌ ضَعِيفٌ ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ فِي صُورَةِ تَحْمِيلِهَا الْعَاقِلَةَ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةِ الْعَبْدِ لَا تَحْمِيلُهَا الْعَاقِلَةَ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ [٢٢١/٥ ط] عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيجَابُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَإِنْ جَنَى جِنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ ، سَوَاءً كَانَتْ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ ، وَإِنْ قُطِعَ كَانَ بَاقِيَهُ وَقْفًا ، كَمَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى .

« التَّبَصُّرَةُ » ، وَضَعْفُهُ الْمُضْتَفُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الزُّرْكَاشِيُّ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ الْأَرْضُ ، عَلَى الْقَوْلَيْنِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَأَمَّا

(١) فِي : الْمُنَى ٢٢٥/٨ .

فصل : وإن جُنِيَ على الوقفِ جنايةٌ مُوجِبَةٌ للمالِ ، وَجَبَ ؛ لأنَّ مَالِيَّتَهُ لم تَبْطُلْ ، ولو بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ لم يَبْطُلْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، وليس للموقوفِ عليه العَفْوُ عنها ؛ لأنَّهُ لا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُسْتَرَى بِهَا^(١) مِثْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وقال بعضُ الشافِئِيَّةِ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ . عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ لا يَخْتَصُّ بِهِ ، فلم يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ وَالْمَرْهُونِ ، وَيَبْيانُ عَدَمَ الْاِخْتِصاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فلم يُجْزِ إِبْطَالُهُ ، ولا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا

على الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْوَاقِفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي كَسْبِهِ . الْإِنْصَافُ قَالَهُ الزَّرْكَاشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ . وقال الْحَارِثِيُّ ، بَعْدَ أَنْ حَكَّى الْوَجْهَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ : وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ الْوُجُوبُ عَلَى الْوَاقِفِ . قال : وفيه بَحْثٌ .

تَبْيِيهِ : هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا ، أَمَّا إِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ وَنَحْوِهِمْ ، فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(٢) : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيحَابَ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقَهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . قال : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

فائدة : حيثُ أَوْجَبْنَا الْفِدَاءَ ، فَهُوَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، أَوْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ اِغْتِيَابًا بِأَمِّ الْوَلَدِ .

(١) سقط من : م .

(٢) المعنى ٢٢٥/٨ .

منه فَيَعْفُو عنه ، فلم يَصِحَّ الْعَفْوُ عن شيء منه ، كما لو أَتَلَفَ رجلٌ رَهْنًا ، أَخَذَتْ منه قِيمَتَهُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، ولم يَصِحَّ عَفْوُ واحدٍ منهما عنه . وإن كانتِ الْجَنَائِيَةُ عَمْدًا مَحْضًا مِنْ مُكَافِيٍّ لَهُ ، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ^(١) الْمَوْقُوفُ عليه ، فلم يَجُزْ أَنْ يَفْتَقَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ،

تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ، ذكرها المصنف . ومنها ، لو كان الموقوف ماثية ، لم تجب زكاتها ، على الثانية والثالثة ؛ لصغر المملك ، وتجب على الموقوف عليه على الأولى ، على ظاهر كلام الإمام أحمد ، واختيار القاضي في « التعليل » ، والمجدد ، وغيرهما . وقدمه الزركشي . قال الناطم :

ولكن ليخرج من سواها ويمد

قلت : فيعاني بها . وقيل : لا تجب مطلقا ؛ لصغر المملك . اختاره صاحب « التلخيص » وغيره ، وقاله القاضي ، وابن عقيل . فأما الشجر الموقوف ، فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه ، وجهها واحد ؛ لأن ثمرته للموقوف عليه . قاله في « الفوائد » . قال الشيرازي : لا زكاة فيه مطلقا . ونقله غيره رواية . وتقدم الكلام على ذلك في كتاب الزكاة ، عند قوله : ولا زكاة في السائمة الموقوفة . باتم من هذا ، فليراجع . ومنها ، النظر على الموقوف عليه ، إن قلنا : يملكه . ملك النظر عليه ، على ما يأتي في كلام المصنف ، فينظر فيه هو مطلقا ، أو وليه ، إن لم يكن أهلا . وقيل : يضم إلى الفاسق أمين . وعلى الرواية الثانية ، يكون النظر للحاكم . وعلى الثالثة ، للواقف . قاله الزركشي من عنده . ومنها ، هل يستحق الشفعة بشر كة الوقف ؟ فيه طريقان ؛ أحدهما ، البناء ؛ فإن قيل : يملكه . استحق

(١) سقط من : م .

كالعبد المُشْتَرَكِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيّ : يكونُ ذلك إلى الإمام . فإن قُطِعَتْ يَدُ العبدِ أو بعضُ أطرافه ، فله استيفاءُ القصاصِ ؛ لأنّه حقّه ^(١) لا يُشارِكُه فيه غيره . وإن كان القطعُ لا يُوجبُ القصاصَ ، أو يُوجبُه فعُفِيَ عنه ، وَجِبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، فإن أمكنَ أن يُشْتَرَى بها عبدٌ كاملٌ ، وإلّا اشْتَرَى شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

به الشُّفْعَةُ ، وإلّا فلا . والطَّرِيقُ الثَّانِي ، الوَجْهَانِ ؛ بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِنَا : يَمْلِكُهُ . قَالَه المَجْدُ . وهذا كُلُّهُ مُفْرَعٌ عَلَى المَذْهَبِ فِي جَوَازِ قِسْمَةِ الْوَقْفِ مِنَ الطَّلَقِ . أمّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ بِمَنْعِ الْقِسْمَةِ ، فلا شُفْعَةَ ، وكذلك بَنَى صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » الْوَجْهَيْنِ هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي قَبُولِ الْقِسْمَةِ . وتقدّم ذلك في بابِ الشُّفْعَةِ ، عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : [٢ / ٢٤٤] وَلَا شُفْعَةَ بِشَرَكَةِ الْوَقْفِ . وَمِنْهَا ، نَفَقَةُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَتَجِبُ حَيْثُ شَرِطْتُ ، وَمَعَ عَدَمِ الشَّرْطِ تَجِبُ فِي كَسْبِهِ ، وَمَعَ عَدَمِهِ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَمْلِكُ لَهُ . قَالَه فِي « التَّلْخِصِ » . وَقَالَ الزُّرْكَانِيُّ مِنْ عِنْدِهِ : وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ ، فَوَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، فِي بَيْتِ الْمَالِ . فَقِيلَ : هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى انْتِقَالِ الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ . وَقَدْ يُقَالُ بِالْوُجُوبِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمِلْكُ لغيرِهِ ، كَمَا نَقُولُ بِوُجُوبِهَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ عَلَى وَجْهِ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، لَا يَجُوزُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يَتَرَوَّجَ الْأُمَةُ الْمَوْقُوفَةُ عَلَيْهِ عَلَى الْأَوَّلَى ، وَيَجُوزُ عَلَى الثَّانِيَةِ . قُلْتُ : وَعَلَى الثَّالِثَةِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : هَذَا الْبِنَاءُ ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ

(١) م : ١ ح ١ .

وَإِذَا وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى الْآخَرِينَ .

٢٥٧٨ - مسألة : (وَإِذَا وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى الْآخَرِينَ) فَإِذَا مَاتَ رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لَهُمْ مَشْرُوطًا بِانْقِرَاضِ الثَّلَاثَةِ ، فَوَجِبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ شُرُوطِهِ ، وَكَأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَإِنَّهُ لَا يُصَرَّفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ شَيْءٌ مِنَ الْوَقْفِ إِلَّا بَعْدَ انْقِرَاضِ الْوَلَدِ ، كَذَلِكَ هُنَا .

عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، وَلِهَذَا يَكُونُ الْمَهْرُ لَهُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَعَلِيَ الْأُولَى ، لَوْ وَقِفَتْ عَلَيْهِ زَوْجَتُهُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لَوْجُودِ الْمِلْكِ . وَمِنْهَا ، لَوْ سُرِقَ الْوَقْفُ أَوْ نَمَاوُهُ ، فَعَلِيَ الْأُولَى ، يُقْطَعُ عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : لَا يُقْطَعُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهُ . لَمْ يُقْطَعْ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : يُقْطَعُ . وَمَحَلُّ ذَلِكَ كُلُّهُ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ . وَمِنْهَا ، وَجُوبُ إِخْرَاجِ الْفِطْرَةِ عَلَى الْمُوقِفِ عَلَيْهِ ، عَلَى الْأُولَى ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : لَا تَجِبُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى عَبْدٌ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ لَخِدْمَةِ الْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْفِطْرَةَ تَجِبُ ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِتَمَامِ التَّصَرُّفِ فِيهِ . قَالَ أَبُو الْمَعَالِي . وَيُعَانَى بِمَمْلُوكٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَهُوَ عَبْدٌ وَقَفَ عَلَى خِدْمَةِ الْكَعْبَةِ . قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْمَنْثُورِ » . وَمِنْهَا ، لَوْ زَرَعَ الْغَاصِبُ أَرْضَ الْوَقْفِ ، فَعَلِيَ الْأُولَى ، لِلْمُوقِفِ عَلَيْهِ التَّمْلُكُ بِالْثَّقَفَةِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَمَالِكِ الْمَنْفَعَةِ . فِيهِ تَرَدُّدٌ . ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ مِنْ « الْقَوَاعِدِ » .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى الْآخَرِينَ . وَكَذَا لَوْ رَدَّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الصَّرْفُ مُدَّةَ بَقَاءِ الْآخَرِينَ مُصَرَّفَ الْوَقْفِ

الْمُنْقَطِعِ ؛ لِسُكُوتِهِ عَنِ الْمَضْرُوفِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، الْأَنْتِقَالَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِاقْتِضَاءِ اللَّفْظِ لَهُ ، فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الضَّرْفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ عَيْنٍ ، فَضَرْفٌ نَصِيبٌ كُلُّ مِنْهُمْ عِنْدَ انْقِرَاضِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ دَاخِلٌ تَحْتَ دَلَالَةِ اللَّفْظِ ، وَرَجَّحَهُ عَلَى الَّذِي قَبْلَهُ .

فوائد ؛ إحداهما ، لو وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ ، فَحُكْمُ نَصِيبِهِ حُكْمُ الْمُنْقَطِعِ ، كَمَا لَوْ مَاتُوا جَمِيعًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ : عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ يُضْرَفُ إِلَى مَنْ بَقِيَ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِيسَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ رَدَّ بَعْضُهُمْ . قَالَ فِيهَا أَيْضًا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هَذَا تَرْتِيبُ جُمْلَةٍ عَلَى مِثْلِهَا ، لَا يَسْتَحِقُّ الْبَطْنُ الثَّانِي شَيْئًا قَبْلَ انْقِرَاضِ الْأَوَّلِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : هَذَا الْمَعْرُوفُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ، وَمَنْ اتَّبَعَهُمْ ، فَيَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ . وَقِيلَ : تَرْتِيبُ أَفْرَادٍ ، فَيَسْتَحِقُّ الْوَلَدُ نَصِيبَ أَبِيهِ بَعْدَهُ ، فَهُوَ مِنْ تَرْتِيبِ الْأَفْرَادِ بَيْنَ كُلِّ شَخْصٍ وَأَبِيهِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْأَنْتِصَارِ » ، عِنْدَ شَهَادَةِ الْوَاجِدِ بِالْهَلَالِ : إِذَا قُبِلَ جَمْعٌ بِجَمْعٍ ، اقْتَضَى مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ مِنْهُ بِالْفَرْدِ لُغَةً . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : فَعَلَى هَذَا ، الْأَظْهَرُ اسْتِحْقَاقُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَحِقُّ أَبُوهُ . وَقَالَ : الْأَظْهَرُ أَيْضًا فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدَيْهِ نِصْفَيْنِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمَا وَعَقِبَيْهِمَا بَعْدَهُمَا ، بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، أَنَّهُ يَنْتَقِلُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ وَلَدِ وَلَدِهِ . وَقَالَ : مَنْ ظَنَّ أَنَّ الْوَقْفَ كَالْإِرْثِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُوهُ أَخَذَ شَيْئًا ، لَمْ يَأْخُذْ هُوَ ، فَلَمْ يَقُلْهُ أَحَدٌ مِنَ الْأَثَمَةِ ، وَلَمْ يَذَرِ مَا يَقُولُ . وَلِهَذَا ، لَوْ انْتَفَتِ الشَّرُوطُ فِي

الطَّبَقَةِ الْأُولَى ، أو بعضهم ، لم تُخَرَّمِ الثَّانِيَةُ مع وجودِ الشُّرُوطِ فِيهِمْ إجماعًا ، ولا فَرْقَ . انتهى . قال في « الفروع » : وقولُ الواقفِ : مَنْ مَاتَ ، فَتَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ . يُمْ ما اسْتَحَقَّهُ وما يَسْتَحَقُّه مع صِفَةِ الاسْتِحْقَاقِ ؛ اسْتَحَقَّهُ أَوَّلًا ؛ تَكْثِيرًا لِلْفَائِدَةِ ، وَلِصِدْقِ الإِضَافَةِ بِأَذْنَى مُلَابَسَةٍ ، ولأنَّه بعدَ موْتِهِ لا يَسْتَحَقُّه ، ولأنَّه الْمَفْهُومُ عندَ الْعَامَّةِ الشَّارِطِينَ ، وَيَقْصِدُونَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتِيمٌ لم يرثْ هو وأبوه مِنَ الْجَدِّ ، وَلأنَّ فِي صُورَةِ الإِجْمَاعِ يَنْتَقِلُ مع وجودِ الْمَانِعِ إِلَى وَلَدِهِ ، لَكِنْ هُنَا ، هل يُعْتَبَرُ موْتُ الْوَالِدِ ؟ يَتَوَجَّهُ الْخِلَافُ . وَإِنْ لم يَتَأَوَّلْ إِلَّا ما اسْتَحَقَّهُ ، فَمَفْهُومٌ ، خُرْجَ مَخْرَجِ الْغَالِبِ ، وَقَدْ تَأَوَّلَهُ الْوَقْفُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ . قال في « الفروع » : فعلى قَوْلِ شَيْخِنَا ، إِنْ قال : بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ وَنَحْوَهُ ، فَتَرْتِيبُ جُمْلَةٍ ، مع أَنَّهُ مُحْتَمِلٌ . فَإِنْ زَادَ الْوَاقِفُ ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ تَوَفَّى أَحَدٌ مِنْ أَوْلَادِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ اتِّبَادًا فِي حَيَاةِ الْوَالِدِ ، وَلَهُ وَلَدٌ ، [٢٤٤/٢ ط] ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ عَنْ أَوْلَادٍ لَصُلْبِهِ ، وَعَنْ وَلَدٍ وَلَدَهُ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ قَبْلَ اسْتِحْقَاقِهِ ، فَلَهُ مَعَهُمْ مَا لَأَبِيهِ ، لو كان حَيًّا . فهو صَرِيحٌ فِي تَرْتِيبِ الْأَفْرَادِ . وقال الشَّيْخُ تَقَى الدِّينِ أَيْضًا فِيمَا إِذَا قال : بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ . ولم يَزِدْ شَيْئًا : هذه الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نِزَاعٌ ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ يَنْتَقِلُ إِلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ إِلَى وَلَدِ وَلَدِهِ ، وَلَا مُشَارَكَةَ . انتهى . الثَّالِثَةُ ، لو كان لَهُ ثَلَاثُ بَنِينَ ، فقال : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدَيَّ ؛ فَلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدٍ وَلَدِي . كان الْوَقْفُ عَلَى الْمُسَمَّيْنِ وَأَوْلَادِهِمَا وَأَوْلَادِ الثَّالِثِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّالِثِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مُخْتَارًا لَهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الفروع » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ ماقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِقِ » ، وَقَوَاهُ شَيْخُنَا فِي « حَوَاشِيهِ » ، وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ . وقال الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يَدْخُلُ الْابْنُ الثَّالِثُ . وَنَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، فقال : فَاَلْمَنْصُوصُ دُخُولُ الْجَمِيعِ . وقال في « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعَشْرِينَ بعدَ الْمِائَةِ » : وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ

بالاختصاص بولدٍ من وقف عليهم ؛ اعتباراً بآبائهم . وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال : وقفت على ولدي ، فلان ، وفلان ، ثم على الفقراء . هل يشمل ولد ولده ، أم لا ؟ . وقيل : يشملُه هنا . ذكره المصنف احتمالاً من عنده .
الرابعة ، لو وقف على فلان ، فإذا انقرض أولاده ، فعلى المساكين ، كان بعد موت فلان لأولاده ، ثم من بعدهم للمساكين . اختاره القاضى ، وابن عقيل ،
(١) وقدمه فى « الكافى » . وقيل : يُصرف بعد موت فلان مَصْرَفُ الْمُتَقَطِّعِ ، حتى يُنْقَرِضَ أولاده^(٢) ، ثم يُصرف على المساكين . الخامسة ، لو وقف على أولاده ، وأولاد أولاده ، اشتروا حالاً ، ولو قال فيه : على أن من توفي عن غير ولد ، فنصيبه لذوى طبقته . كان للاشتراك أيضاً ، فى أحد الوجهين . قلت : وهو أولى . قال فى « القواعد » : وقد زعم المجد أن كلام القاضى فى « المجرد » يدل على أنه يكون مُشْتَرَكاً بين الأولاد ، وأولادهم ، ثم يُضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته . قال : وليس فى كلام القاضى ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله .
والوجه الثانى ، يكون للترتيب بين كل ولد وأبيه . قال فى « القاعدة الثالثة عشرة بعد المائة » : وهو ظاهر كلام أحمد ، وذكره . وأطلقهما فى « الفائق » . ولو رتب بقوله : الأعلى فالأعلى . أو الأقرب فالأقرب . أو البطن الأول ثم الثانى . فهذا ترتيب جملته على مثلها ، لا يستحق البطن الثانى شيئاً قبل انقراض الأول . قاله فى « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الحارثى » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال فى « التلخيص » : وكذا قوله : قرنا بعد قرن . ولو قال بعد الترتيب بين أولاده : ثم على أنساليهم وأغفابهم . فهل يستحقه أهل العقب مرتباً ، أو مُشْتَرَكاً ؟ فيه

وَجِهَان . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ التَّرْتِيبُ . وَلَوْ رَتَّبَ بَيْنَ أَوْلَادِهِ
وَأَوْلَادِهِمْ بِـ « ثُمَّ » ، ثُمَّ قَالَ : وَمَنْ تُوفِّيَ عَنْ وَلَدٍ ، فَتَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ . اسْتَحَقَّ كُلُّ
وَلَدٍ بَعْدَ أَبِيهِ نَصِيبَهُ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّهُ مَنْ
تُوفِّيَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَتَصِيبُهُ لِأَهْلِ دَرَجَتِهِ . اسْتَحَقَّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ أَبِيهِ بَعْدَهُ ،
كَالَّتِي قَبْلَهَا . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ . انْتَهَى . وَهِيَ
يُنْزِعَانِ إِلَى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فِيهَا .
(^١ قُلْتُ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَوَّلَى بِالصَّحَّةِ . وَقَدْ وَافَقَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،
عَلَى ذَلِكَ كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ مِنْ أَرْبَابِ الْمَذْهَبِ ، وَجَعَلُوهُ مِنْ تَخْصِيصِ الْعُمُومِ
بِالْمَفْهُومِ ، وَهُوَ أَظْهَرُ . وَصَنَّفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي ذَلِكَ مُصَنَّفًا حَافِلًا خَمْسَ
كِرَارٍ ^(١) . وَلَوْ قَالَ : وَمَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ ، فَتَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ . فَالصَّحِيحُ مِنْ
الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَشْمَلُ النَّصِيبَ الْأَصْلِيَّ وَالْعَائِدَ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، فَيَمُوتَ
أَحَدُهُمْ عَنْ وَلَدٍ ، وَيَمُوتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَتَصِيبُهُ لِأَخِيهِ الثَّلَاثِ ، فَإِذَا مَاتَ
الثَّلَاثُ عَنْ وَلَدٍ ، اسْتَحَقَّ جَمِيعُ مَا كَانَ فِي يَدِ أَبِيهِ ، مِنَ الْأَصْلِيِّ وَالْعَائِدِ إِلَيْهِ مِنْ أَخِيهِ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَشْمَلُ النَّصِيبَ الْأَصْلِيَّ ،
وَيَشْتَرِكُ وَلَدُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ وَلَدُ الْمَيِّتِ الثَّلَاثِ فِي النَّصِيبِ الْعَائِدِ إِلَى أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ
وَالِدَيْهِمَا لَوْ كَانَا حَيَيْنِ ، لاشْتَرَكَا فِي الْعَائِدِ ، فَكَذَلِكَ وَلَدُهُمَا . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .
وَلَوْ قَالَ : وَمَنْ تُوفِّيَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَتَصِيبُهُ لِأَهْلِ دَرَجَتِهِ . وَكَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا
بِالْبُطُونِ ، كَانَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ . وَلَوْ كَانَ
مُشْتَرَكًا بَيْنَ أَهْلِ الْبُطُونِ ، عَادَ إِلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . قُلْتُ :

وهو الصواب ؛ فوجود هذا الشرط كعدمه . والوجه الثاني ، يختص البطن الذي هو منه ، فيستوى فيه إخوته ، وبنو عمه ، وبنو نبي عم أبيه ؛ لأنهم في القرب سواء . قدمه في « التظلم » . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفائق » ، و « الفروع » . و « الحاوي الصغير » . فإن لم يوجد في درجته أحد ، فالحكم كما لو لم يذكر الشرط . قاله في « الفروع » وغيره . ولو كان الوقف على البطن الأول ، على أن مات عن ولد ، فتصيبه لولده ، وإن مات عن غير ولد ، انتقل نصيبه إلى من في درجته ، فمات أحدهم عن غير ولد ، فقليل : يعود نصيبه إلى أهل الوقف كلهم ، وإن كانوا بطونا . وحكم به الثقي سليمان^(١) . وهو الصواب . وقيل : يختص أهل بطنه ؛ سواء [٢٤٥/٢] كانوا من أهل الوقف حالا أو قوة ؛ مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة ، فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثاني عن ابنتين ، فمات أحد الابنتين وترك أخاه وابن عمه وابن عمه وابن عمه الحي ، فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه الميت وابن عمه الحي ، ولا يستحق العم شيئا . وقيل : يختص أهل بطنه في أهل الوقف المتناولين له في الحال . فعلى هذا ، يكون لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، ولا شيء لعمه الحي ولا لولده . وأطلقهن في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الحاوي الصغير » .. وقال الشيخ تقي الدين : ذوو طبقته ؛ إخوته ، وبنو عمه ، ونحوهم ، ومن هو أعلى منه ؛ عمومته ، ونحوهم ، ومن هو أسفل منه ؛ ولده ، ولد إخوته وطبقتهم . ولا يستحق من في درجته من غير أهل الوقف بحال ؛ كمن له أربع بنين ، وقف على ثلاثة ، وترك الرابع ، فمات أحد الثلاثة عن غير ولد ، لم يكن للرابع فيه

(١) لم نجده .

شيء ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق . قاله الأصحاب . وإذا شرطه لمن في درجة المتوفى عند عدم ولده ، استحقه أهل الدرجة حالة وفاته ، وكذا من سيجد منهم في أصح الاختمالين . قال في « الفائق » : هذا أقوى الاختمالين . قال : ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين ، يعني الشارح ، والثووي . قال ابن رجب في « قواعده » : يخرج فيه وجهان . قال : والدخول هنا أولى . وبه أفتى الشيخ شمس الدين^(١) ، قال : وعلى هذا ، لو حدث من هو أعلى من الموجودين ، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى ، فإنه ينتزعه منهم . قاله في « القاعدة السابعة بعد المائة » . السادسة ، لو قال : على أولادي ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظاهر فقط ، ثم نسلهم وعقبهم ، ثم الفقراء ، على أنه من مات منهم ، وترك ولدا وإن سفل ، فنصيبه له . فمات أحد الطبقة الأولى ، وترك بنتا ، فماتت ولها أولاد . فقال الشيخ تقي الدين : ما استحقته قبل موتها ، فهو لهم . قال في « الفروع » : ويتوجه ، لا . انتهى . ولو قال : ومن مات عن غير ولد ، وإن سفل ، فنصيبه لإخوته ، ثم نسلهم ، وعقبهم . عم من لم يعقب ، ومن أعقب ثم انقطع عقبه ؛ لأنه لا يقصد غيره ، واللفظ يحتمله ، فوجب الحمل عليه قطعاً . قاله الشيخ تقي الدين . قال في « الفروع » : ويتوجه نفوذ حكمه بخلافه . السابعة ، لو اجتمع صفتان أو صفات في شخص واحد ، فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص ، على المشهور من المذهب ، فيتعدّد الاستحقاق بها ، كالأعيان . قاله في « القاعدة التاسعة عشرة بعد المائة » . وله نظائر في الوصايا والفرائض ، والزكاة ، فكذاك الوقف . وأفتى به العلامة ابن رجب أيضا ، ورد

(١) هو الشيخ ابن أبي عمر صاحب الشرح الكبير .

قَوْلَ الْمُخَالِفِ فِي ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا يَتَعَدَّدُ الِاسْتِحْقَاقُ بِذَلِكَ . ^(١) وَيَأْتِي قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ فِي الْفَائِدَةِ السَّادِسَةِ مِنَ الْفَوَائِدِ الْآتِيَةِ قَرِيبًا ^(٢) . الثَّامِنَةُ ، إِذَا تَعَقَّبَ الشَّرْطُ جُمْلًا ، عَادَ إِلَى الْكُلِّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » وَجْهَيْنِ ، فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حَرَامٌ ، وَاللَّهُ لَا أَكْلُمُكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . انْتَهَى . وَالِاسْتِثْنَاءُ كَالشَّرْطِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا . وَقِيلَ : وَالْجُمْلُ مِنْ جِنْسٍ كَالشَّرْطِ . وَكَذَا مُخَصَّصٌ مِنْ صِفَةٍ ، وَعَطْفٌ بَيَانٍ ، وَتَوْكِيدٍ ، وَبَدَلٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَالْجَارُ وَالْمَجْرُورُ نَحْوُ : عَلَى أَنَّهُ . أَوْ : بِشَرْطِ أَنَّهُ . وَنَحْوِ ذَلِكَ كَالشَّرْطِ ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِفِعْلٍ ، لَا بِاسْمٍ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَعُومُومٌ كَلَامُهُمْ ، لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَطْفِ بِوَإٍ وَفَاءٍ وَثُمَّ ؛ وَذَلِكَ لِمَا تَقَدَّمَ . ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . الثَّاسِعَةُ ، لَوْ وُجِدَ فِي كِتَابٍ وَقْفٌ : أَنَّ رَجُلًا وَقَفَ ، عَلَى فُلَانٍ ، وَعَلَى بَنِي بَنِيهِ ، وَأَشْتَبَهَ ؛ هَلِ الْمُرَادُ بِبَنِي بَنِيهِ جَمْعُ ابْنٍ ، أَوْ بَنِي بَنِيهِ ؛ وَاحِدَةُ الْبَنَاتِ ؟ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » : يَكُونُ بَيْنَهُمَا عِنْدَنَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا ، كَمَا فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَيْسَ هَذَا مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ تَرَدُّدِ الْبَيِّنَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَلَوْ كَانَ مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ التَّعَارُضِ رَوَايَةٌ مَرْجُوحَةٌ ، وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ ؛ إِمَّا التَّسَاقُطُ ، وَإِمَّا الْقَرْعَةُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفْرَغَ هُنَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرْجَعَ بَنُو الْبَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ بِبَنِيهِ ^(٣) لَا يَخْصُ مِنْهُمَا الذَّكَورَ ، بَلْ يَعْصَمُ أَوْلَادُهُمَا ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ عَلَى وَلَدٍ الذَّكَورِ ، فَإِنَّهُ يَخْصُ ذُكُورَهُمْ كَثِيرًا ، كَمَا بَالَهُمْ ؛ وَلَئِنَّهُ لَوْ أَرَادَ وَلَدُ الْبَيْتِ لِسَمَائِهَا بِاسْمِهَا ، أَوْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) ط : ١ بنيه .

فصل : وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ [٢٧٢/٥] عَلَيْهِمْ ؛ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ) لَأَنَّهُ ثَبَتَ بِوَقْفِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُتَبَعَ فِيهِ شَرْطُهُ ، وَلِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مُقَوَّضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ تَفْضِيلُهُ^(١) وَتَرْتِيبُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ إِخْرَاجَ بَعْضِهِمْ بِصِفَةٍ وَرَدَّهُ بِصِفَةٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ :

لشَرَكٍ بَيْنَ وَلَدَيْهَا وَوَلَدٍ سَائِرِ بَنَاتِهِ . قَالَ : وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . وَأُفْتِيَ أَيْضًا ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى أَحَدِ أَوْلَادِهِ ، وَلَهُ عِدَّةُ أَوْلَادٍ ، وَجَهِلَ اسْمُهُ ، أَنَّهُ يُعَيَّرُ بِالْقُرْعَةِ .

قوله : وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ . وَكَذَا لَوْ شَرَطَ عَدَمَ إِجَارِهِ ، أَوْ قَدْرَ مُدَّةٍ . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ بَعْضِهِمْ ، جَوَازُ زِيَادَةِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ عَلَى مَا شَرَطَهُ النَّاظِرُ [٢٤٥/٢] بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ . قَالَ : وَهُوَ

(١) فِي الْأَصْلِ : تَفْصِيلُهُ .

مَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ ، وَمَنْ فَارَقَ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ . أَوْ : مَنْ حَفِظَ الْقُرْآنَ فَلَهُ ، وَمَنْ نَسِيَهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ : مَنْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ فَلَهُ ، وَمَنْ تَرَكَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ : مَنْ كَانَ عَلَى مَذْهَبٍ كَذَا فَلَهُ ^(١) ، وَمَنْ خَرَجَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ عَلَى أَنَّ لِلْأُنْثَى سَهْمًا وَلِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ عَلَى أَنَّ لِلْكَبِيرِ ضِعْفَ مَا لِلصَّغِيرِ ، أَوْ لِلْفَقِيرِ ضِعْفَ مَا لِلغَنِيِّ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ عَيْنَ بِالتَّفْضِيلِ وَاحِدًا

يَخْتِاجُ عِنْدِي إِلَى شَيْءٍ مِنْ تَفْصِيلٍ ؛ فَقَوْلُهُ : يُرْجَعُ فِي قَسَمِهِ . أَيْ فِي تَقْدِيرِ الْاسْتِحْقَاقِ . وَالتَّقْدِيمُ ؛ الْبِدَاءَةُ بِبَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ؛ كَوَقَفْتُ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَبَكْرٍ . وَيَبْدَأُ بِالذَّخْرِ إِلَى زَيْدٍ . أَوْ : وَقَفْتُ عَلَى طَائِفَةٍ كَذَا . وَيَبْدَأُ بِالْأَصْلَحِ ، أَوْ الْأَفْقَرِ . وَالتَّأْخِيرُ عَكْسُ ذَلِكَ . وَإِذَا أُضِيفَ تَقْدِيرُ الْاسْتِحْقَاقِ ، كَانَ لِلْمُؤَخَّرِ مَا فَضَّلَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ ، سَقَطَ . وَالْجَمْعُ ؛ جَمْعُ الْاسْتِحْقَاقِ مُشْتَرَكًا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَالتَّرْتِيبُ ، جَعْلُ اسْتِحْقَاقِ بَطْنٍ مُرْتَبًا عَلَى آخَرٍ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَالتَّرْتِيبُ مَعَ التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ مُتَّحِدٌ مَعْنًى ، لَكِنَّ الْمُرَادَ فِي صُورَةِ التَّقْدِيمِ بَقَاءُ أَصْلِ الْاسْتِحْقَاقِ لِلْمُؤَخَّرِ ، عَلَى صِفَةٍ أَنَّ لَهُ مَا فَضَّلَ ، وَالْأَسَقَطُ . وَفِي صُورَةِ التَّرْتِيبِ ، عَدَمُ اسْتِحْقَاقِ الْمُؤَخَّرِ مَعَ وَجُودِ الْمُقَدَّمِ . وَالتَّسْوِيَةُ ؛ جَعْلُ الرَّيْعِ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ مُتَسَاوِيًا . وَالتَّفْضِيلُ ؛ جَعْلُهُ مُتَفَاوِتًا . وَمَعْنَى الْإِخْرَاجِ بِصِفَةٍ ، وَالْإِدْخَالِ بِصِفَةٍ ؛ جَعْلُ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْحِرْزَانِ مُرْتَبًا عَلَى وَصْفٍ مُشْتَرَطٍ ، فَتَرْتَّبُ الْاسْتِحْقَاقُ ؛ كَالْوَقْفِ عَلَى قَوْمٍ بِشَرْطِ كَوْنِهِمْ فَقَرَاءً أَوْ صُلَحَاءَ . وَتَرْتَّبُ الْحِرْزَانِ أَنْ يَقُولَ : وَمَنْ فَسَقَ مِنْهُمْ ، أَوْ اسْتَعْنَى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ .

(١) سقط من : الأصل .

مُعِينًا ، أَوْ وَلَدَهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ عَلَى مَا قَال ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَكُلُّ هَذَا صَحِيحٌ ، وَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَقَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَهُ صَدَقَةً عَلَى بَنِيهِ ، لَا تَبَاعُ وَلَا تَوْهَبُ ، وَأَنَّ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضَرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ^(١) . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيلًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلْ وَقَفَ مُطْلَقًا ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيره ، أَنَّ الشَّرْطَ الْمُبَاحَ الَّذِي لَا يَظْهَرُ قَصْدُ الْقُرْبَةِ مِنْهُ ، يَجِبُ اغْتِبَارُهُ فِي كَلَامِ الْوَاقِفِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ الْوُجُوبُ . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَقَالَ شَيْخُنَا ، يَعْنِي بِهِ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يُخْرِجُ مِنْ شَرْطِ كَوْنِهِ قُرْبَةً ، اشْتِرَاطُ الْقُرْبَةِ فِي الْأَصْلِ . يَلْزَمُ الشُّرُوطُ الْمُبَاحَةُ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَاخْتَارَ شَيْخُنَا ، يَعْنِي بِهِ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، لَزُومَ الْعَمَلِ بِشَرْطِ مُسْتَحَبٍّ خَاصَّةً ، وَذَكَرَهُ صَاحِبُ « الْمَذْهَبِ » ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَعُهُ ، وَيُعَذَّرُ عَلَيْهِ ، فَيَذُلُّ الْمَالُ فِيهِ سَفَةً ، وَلَا يَجُوزُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمِنْ مُتَأَخِّرِي الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ ، يَعْنِي الْمُبَاحَ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَعَلَّلَهُ ؛ قَالَ : وَهَذَا لَهُ قُوَّةٌ ، عَلَى الْقَوْلِ بِاغْتِبَارِ الْقُرْبَةِ فِي أَصْلِ الْجِهَةِ ، كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَإِيَّاهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . فِيمَا أَرَى ، وَيُؤَيِّدُهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ ، وَذَكَرَ النَّصَّ فِي الْوَصِيَّةِ . انْتَهَى . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : مِنْ مُتَأَخِّرِي الْأَصْحَابِ . الشَّيْخُ

(١) ذكره البخاري تعليقا ، في : باب إذا وقف أرضا أو بئرا ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٥/٤ . ووصله الدارمي ، في : باب في الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٢٧/٢ .

تَقَى الدِّينَ ، وَكَانَ فِي زَمَنِهِ . وَفِي كَلَامِ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » إِيمَاءٌ إِلَى ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقَى الدِّينَ أَيْضًا : مَنْ قَدَّرَ لَهُ الْوَاقِفُ شَيْئًا ، فَلَهُ أَكْثَرُ مِنْهُ . إِنْ اسْتَحَقَّهُ بِمُوجِبِ الشَّرْعِ . وَقَالَ أَيْضًا : الشَّرْطُ الْمَكْرُوهُ بَاطِلٌ اتِّفَاقًا .

فائدة : لَوْ خَصَّصَ الْمَدْرَسَةُ بِأَهْلِ مَذْهَبٍ أَوْ بَلَدٍ أَوْ قَبِيلَةٍ ، تَخَصَّصَتْ ، وَكَذَلِكَ الرِّبَاطُ وَالْحَانِقَاءُ . وَالْمَقْبَرَةُ كَذَلِكَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ ، وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَذَكَرَ بَعْضُ شُيُوخِنَا فِي كِتَابِهِ احْتِمَالًا بَعْدَ الْاِخْتِصَاصِ . وَأَمَّا الْمَسْجِدُ ؛ فَإِنْ عَيْنَ لِإِمَامَتِهِ شَخْصًا ، تَعَيَّنَ ، وَإِنْ خَصَّصَ الْإِمَامَةَ بِمَذْهَبٍ ، تَخَصَّصَتْ بِهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ فِي شَيْءٍ مِنْ أَحْكَامِ الصَّلَاةِ مُخَالِفًا لِصَرِيحِ السُّنَّةِ أَوْ ظَاهِرِهَا ؛ سَوَاءً كَانَ لَعَدَمِ الْإِطْلَاعِ ، أَوْ لِتَأْوِيلِ ضَعِيفٍ . وَإِنْ خَصَّصَ الْمُصَلِّينَ فِيهِ بِمَذْهَبٍ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَخْتَصُّ بِهِمْ عَلَى الْأَشْبَةِ ؛ لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ فِي أَحْكَامِ الصَّلَاةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ غَيْرُ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، مِنْ مُتَأَخِّرِي الْأَصْحَابِ : يَخْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَقَوَّى الْحَارِثِيُّ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : وَاخْتَارَ ابْنُ هُبَيْرَةَ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ فِي الْمَسْجِدِ بِمَذْهَبٍ فِي الْإِمَامِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقِيلَ : لَا تَتَّعَيْنُ طَائِفَةٌ وَقِفَ عَلَيْهَا مَسْجِدٌ أَوْ مَقْبَرَةٌ ، كَالصَّلَاةِ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَخْتَمِلُ إِنْ عَيْنَ مَنْ يُصَلِّي فِيهِ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ ، أَوْ تَدْرِيسِ الْعِلْمِ ، اخْتَصَّ . وَإِنْ سَلَّمَ ، فَلَأَنَّهُ لَا يَقَعُ التَّرَاحُمُ بِإِشَاعَتِهِ ، وَلَوْ وَقَعَ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ؛ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ تَرَادُّ لَهُ . وَقِيلَ : تُنْتَعَنُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ فُقَهَاءِ ، كَمُسَابَقَةٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقَى الدِّينَ : قَوْلُ الْفُقَهَاءِ : نَصُوصُ الْوَاقِفِ كُنُصُوصِ الشَّارِعِ . يَعْنِي ، فِي الْفَهْمِ وَالِدَّلَالَةِ ، لَا فِي وُجُوبِ الْعَمَلِ ، مَعَ أَنَّ التَّحْقِيقَ ، أَنَّ لَفْظَهُ ، وَلَفْظُ الْمُوصَى ، وَالْحَالِفِ ، وَالتَّأْذِيرِ ، وَكُلُّ عَاقِدٍ ، يُحْمَلُ عَلَى عَادَتِهِ فِي خِطَابِهِ وَلُغَتِهِ الَّتِي يَتَكَلَّمُ

بها ؛ وافقت لغة العرب أو لغة الشارع ، أم لا . قال : والشروط إنما يلزم الوفاء بها ، إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي ، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع قواصم المقصود بها . قال : ومن شرط في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضل ، فقد شرط خلاف شرط الله ، كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم ، والتأخر منفذ لما شرطه الواقف . انتهى . وإن شرط أن لا ينزل فاسق ولا شريك ، ولا متجوه ونحوه ، عمل به ، وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ، ونحوهم . وفي إمام ومؤذن الخلاف . قال في « الفروع » : وهو ظاهر كلاهما ، [٢٤٦/٢] وكلام شيخنا في موضع . وقال الشيخ تقي الدين أيضا : لا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية ؛ كمدنسة وغيرها مطلقا ؛ لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته ، فكيف ينزل ؟ وقال أيضا : إن نزل مستحق تنزيلا شرعيا ، لم يجوز صرفه بلا موجب شرعي . انتهى .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين : لو حكم حاكم بمحصر ؛ كوقف فيه شروط ، ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت ، وجب ثبوته ، والعمل به إن أمكن . وقال أيضا : لو أقر الموقوف عليه ، أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقدارا معلوما ، ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر ، حكم له بمقتضى شرط الواقف ، ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم . انتهى .

تنبيه : ظاهر قوله : وإخراج من شاء بصفة ، وإدخاله بصفة . أن الواقف لو شرط للتأخير إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف ، وإدخال غيره بصفة منهم ، جاز ؛ لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ، وإنما هو تعليق الاستحقاق بصفة ، فكانه جعل له حقا في الوقف ، إذا اتصف بإرادة التأخر ليعطيه ، ولم يجعل

له حقاً ، إذا انتفت تلك الصفة فيه . وإن شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف ،
ويدخل من شاء من غيرهم ، لم يصح ؛ لأنه شرط يناقض مقتضى الوقف ، فافسده ،
كما لو شرط أن لا ينتفع به . قال ذلك المصنف ومن تابعه . وقدمه في « الفروع » .
وقال الحارثي : فرق المصنف بين المسألتين ، قال : والفرق لا يتجبه . وقال الشيخ
تقي الدين : كل متصرف بولاية إذا قيل : يفعل ما يشاء . فإنما هو لمصلحة
شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه ، وما يراه مطلقاً ، فشرط باطل ،
لمخالفته الشرع ، وغايته أن يكون شرطاً مباحاً ، وهو باطل على الصحيح
المشهور ، حتى لو تساوى فعلان ، عمل بالقرعة . وإذا قيل هنا بالتخيير ، فله
وجه .

فوائد : الأولى ، يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له . على الصحيح
من المذهب ، ونقله الجماعة . قدمه في « الفروع » وغيره ، وقطعه به أكثرهم ،
وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقي الدين : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو
أصلح منه ، وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان ، حتى لو وقف على الفقهاء ،
والصوفية ، واحتاج الناس إلى الجهاد ، صرف إلى الجند . وقيل : إن سئل ماء
للشرب ، جاز الوضوء منه . قال في « الفروع » : فشراب ماء موقوف للوضوء
يتوجه عليه ، وأولى . وقال الآجري في الفرس الحيس : لا يعيره ولا يوجره
إلا لتفعر الفرس ، ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعته
لهم ، أو غبطة للعدو ، وتقدم وجه بتحريم الوضوء من ماء زمزم . قال في
« الفروع » : فعل نجاسة المنفصل واضح ، وقيل : لمخالفة شرط الواقف ،
أنه لو سئل ماء للشرب ، في كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان في « فتاوى ابن

الرَّأغُونِيَّ « وَغَيْرِهَا . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ إِخْرَاجُ بُسْطِ الْمَسْجِدِ وَحُصْرُهُ لِمَنْ يَنْتَظِرُ
الْجِنَازَةَ . وَأَمَّا رُكُوبُ الدَّابَّةِ لَعَلْفِهَا وَسَقْفِهَا ، فَيَجُوزُ . نَقَلَهُ الشَّالْتَجِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ
فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا شَرَطَ الْوَاقِفُ لِنَاطِرِهِ أَجْرَةً ، فَكَلَفَتْهُ عَلَيْهِ حَتَّى
تَبْقَى أَجْرَةٌ مِثْلُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .
وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ : كَلَفَتْهُ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ . قِيلَ لِلشَّيْخِ تَقَى الدِّينِ :
فَلَهُ الْعَادَةُ بِلَا شَرْطٍ ؟ فَقَالَ : لَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا يُقَابِلُ عَمَلَهُ . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْحَجَرِ ،
إِذَا لَمْ يَشْرُطِ الْوَاقِفُ لِلنَّاطِرِ أَجْرَةً ، هَلْ لَهُ الْأَخْذُ أَمْ لَا ؟ الثَّالِثَةُ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا
أَسْنَدَ النَّظَرَ إِلَى اثْنَيْنِ ، لَمْ يَتَصَرَّفْ أَحَدُهُمَا بِدُونِ شَرْطٍ . وَكَذَا إِنْ جَعَلَهُ الْحَاكِمُ أَوْ
النَّاطِرُ الْبَهْمَا . وَأَمَّا إِذَا شَرَطَهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ اثْنَيْنِ ، اسْتَقْلَّ كُلُّ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ ؛
لَا مُسْتَقْلَالَ كُلِّ مِنْهُمَا بِالنَّظَرِ . وَقَالَ فِي « الْمَعْنَى » ^(١) : إِذَا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ
نَاطِرًا ؛ إِمَّا بِالشَّرْطِ ، وَإِمَّا لَانْتِفَاءِ نَاطِرٍ بِمَشْرُوطٍ ، وَكَانَ وَاحِدًا ، اسْتَقْلَّ بِهِ ، وَإِنْ
كَانُوا جَمَاعَةً ، فَالنَّظَرُ لِلْجَمِيعِ ، كُلُّ إِنْسَانٍ فِي حِصَّتِهِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَاحِدَ مِنْهُمْ فِي حَالَةِ الشَّرْطِ لَا يَسْتَقِلُّ بِحِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ مُسْنَدٌ إِلَى
الْجَمِيعِ ، فَوَجِبَ الشَّرَكَةُ فِي مُطْلَقِ النَّظَرِ ، فَمَا مِنْ نَظَرٍ ^(٢) إِلَّا وَهُوَ مُشْتَرَكٌ . وَإِنْ
أَسْنَدَهُ إِلَى عَدَّتَيْنِ مِنْ وَلَدِهِ ، فَلَمْ يُوجَدْ إِلَّا وَاحِدٌ ، أَوْ أَبَى أَحَدُهُمَا ، أَوْ مَاتَ ، أَقَامَ
الْحَاكِمُ مَقَامَهُ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ لَمْ يَرْضَ بِوَاحِدٍ ، وَإِنْ جَعَلَ كِلَا مِنْهُمَا مُسْتَقِلًّا ،
لَمْ يَحْتَجْ إِلَى إِقَامَةِ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ مُسْتَعْنَى عَنْهُ ، وَاللَّفْظُ لَا يَذُلُّ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَسْنَدَهُ
إِلَى الْأَفْضَلِ فَلَا أَفْضَلَ مِنْ وَلَدِهِ ، وَأَبَى الْأَفْضَلَ الْقَبُولَ ، فَهَلْ يَتَقَلُّ إِلَى الْحَاكِمِ

(١) الْمَعْنَى ٢٣٧/٨ .

(٢) فِي ط : « نَاطِرٌ » .

مُدَّة بَقَائِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَلِيهِ ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي فِيهِمَا إِذَا رَدَّ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : وَهِيَ قَرْيَةٌ مِمَّا إِذَا عَصَلَ [٢٤٦/٢ ط] الزَّيْلِيُّ الْأَقْرَبُ ، هَلْ تَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَى الْحَاكِمِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَلِيهِ مِنَ الْأَوَّلِيَاءِ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ . وَإِنْ تَعَيَّنَ أَحَدُهُمْ لِفَضْلِهِ ، ثُمَّ صَارَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ ، انْتَقَلَ إِلَيْهِ لَوْجُودِ الشَّرْطِ فِيهِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ تَنَازَعَ نَاضِرَانِ فِي نَصَبِ إِمَامَةٍ ؛ نَصَبَ أَحَدُهُمَا زَيْدًا ، وَالْآخَرُ عَمْرًا ؛ إِنْ لَمْ يَسْتَقْبَلَا ، لَمْ تَتَعَيَّدِ الْوِلَايَةُ ؛ لِانْتِفَاءِ شَرْطِهَا ، وَإِنْ اسْتَقْبَلَا وَتَعَاقَبَا ، انْعَقَدَتْ لِلأَسْبَقِ ، وَإِنْ اتَّحَدَا وَاسْتَوَى الْمَنْصُوبَانِ ، قَدَّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ . الْخَامِسَةُ ، تَشْتَمِلُ عَلَى أَحْكَامٍ جَمَّةٍ مِنْ أَحْكَامِ النَّاضِرِ ؛ إِذَا عَزَلَ الْوَاقِفُ مَنْ شَرَطَ النَّظَرَ لَهُ ، لَمْ يَنْعَزِلْ ، إِلَّا أَنْ يَشْرُطَ لِنَفْسِهِ وَِلَايَةَ الْعَزْلِ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » . وَلَوْ مَاتَ هَذَا النَّاضِرُ فِي حَيَاةِ الْوَاقِفِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْوَاقِفُ نَصَبَ نَاضِرٍ بِدُونِ شَرْطٍ ، وَانْتَقَلَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ وَفَاةِ الْوَاقِفِ ، فَكَذَلِكَ ، بِإِذَا نِزَاعٍ . وَإِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ جَعَلَهُ لغيرِهِ ، أَوْ فَوَّضَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ أَسْنَدَهُ ، فَهَلْ لَهُ عَزْلُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ عَزْلُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فَقَالَ : وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ كَذَا بِشَرْطِ أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ زَيْدٌ . أَوْ : عَلَى أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ . أَوْ قَالَ عَقِبَهُ : جَعَلْتُهُ نَاضِرًا فِيهِ . أَوْ جَعَلَ النَّظَرَ لَهُ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلُهُ . وَإِنْ شَرَطَهُ لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ جَعَلَهُ لَزَيْدٍ ، أَوْ قَالَ : جَعَلْتُ نَظْرِي لَهُ . أَوْ : فَوَّضْتُ إِلَيْهِ مَا أُمْلِكُهُ مِنَ النَّظَرِ . أَوْ : أَسْنَدْتُهُ إِلَيْهِ . فَلَهُ عَزْلُهُ ، وَيَحْتَمِلُ عَدَمَهُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى جِهَةٍ لَا تَنْحَصِرُ كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى مَسْجِدٍ ، أَوْ مَدْرَسَةٍ ، أَوْ قَنْطَرَةٍ ، أَوْ رِبَاطٍ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَالنَّظَرُ لِلْحَاكِمِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَلِلشَّافِعِيَّةِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ

للوأقف . وبه قال هلال الرأي^(١) ، من الحنفية . قال الحارثي : وهو الأقوى .
 عليه ، له نصب ناظر من جهته ، ويكون نائباً عنه ، يملك عزله متى شاء ؛ لأصالة
 ولايته ، فكان منصوبه نائباً عنه ، كما في الملك المطلق . وله الوصية بالنظر ؛ لأصالة
 الولاية ، إذا قيل بنظره له أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك . انتهى . والوجه الثاني ،
 ليس له عزله . وهو الاختمال الذي في « الرعاية » . وللناظر بالأصالة أن ينصب
 ويعزل أيضاً بشرطه . والمراد بالناظر بالأصالة الموقوف عليه ، أو الحاكم . قاله
 القاضي محب الدين ابن نصر الله . وأما الناظر المشروط ، فليس له نصب ناظر ؛
 لأن نظره مستفاد بالشرط ، ولم يُشرط النصب له . وإن قيل برواية توكيل
 الوكيل ، كان له بالأولى ؛ لتأكيد لايته من جهة انتفاء عزله بالعزل ، وليس له
 الوصية بالنظر أيضاً . نص عليه في رواية الأثرم ؛ لأنه إنما يُنظر بالشرط ، ولم
 يُشرط الإيصاء له ، خلافاً للحنفية . ومن شرط غيره النظر إن مات ، فعزل نفسه
 أو فسق ، فهو كموته ؛ لأن تخصيصه للغالب . ذكره الشيخ تقي الدين . قال
 في « الفروع » : ويتوجه ، لا . وقال : ولو قال : النظر بعده له . فهل هو كذلك ،
 أو المراد بعد نظره ؟ يتوجه وجهان . انتهى . وللناظر التقرير في الوظائف . قال
 في « الفروع » : قاله الأصحاب في ناظر المسجد . قال الحارثي : المشروط له
 نظر المسجد ، له نصب من يقوم بوظائفه ؛ من إمام ، ومؤذن ، وقيم ، وغيرهم ،
 كما أن لناظر الموقوف عليه نصب من يقوم بمصلحته ؛ من جاب ونحوه . وإن لم
 يُشرط ناظر ، لم يكن للواقف ولاية النصب . نص عليه في رواية حزب ، وابن
 بختان . قال الحارثي : ويحتمل خلافه على ما تقدم . فعلى الأول ، للإمام ولاية

(١) هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري ، لقب بالرأي لسعة علمه وكثرة فقهه . له « مصنف في الشروط » ،
 و « أحكام الوقف » . توفي سنة خمس وأربعين ومائتين . الجواهر المضية ٥٧٢/٣ ، ٥٧٣ .

النَّصَبُ ؛ لَأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ . وَقَالَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » : إِنْ كَانَ الْمَسْجِدُ كَبِيرًا ؛ كَالْجَوَامِعِ ، وَمَا عَظُمَ وَكَثُرَ أَهْلُهُ ، فَلَا يُؤْمُ فِيهَا إِلَّا مَنْ نَذَبَهُ السُّلْطَانُ ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمَسَاجِدِ الَّتِي يَتَّبِعُهَا أَهْلُ الشُّوَارِعِ وَالْقَبَائِلِ ، فَلَا اغْتِرَاضَ عَلَيْهِمْ ، وَالْإِمَامَةُ فِيهَا لِمَنْ اتَّفَقُوا عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ لَهُمْ بَعْدَ الرِّضَا بِهِ عَزْلُهُ عَنْ إِمَامَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَغَيَّرَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْإِمَامِ النَّصَبَ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يَنْصَبُ مَنْ لَا يَرْضَاهُ الْجِيرَانُ ، وَكَذَلِكَ النَّاطِرُ الْخَاصُّ لَا يَنْصَبُ مَنْ لَا يَرْضَوْنَهُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ أَيْضًا : وَهَلْ لِأَهْلِ الْمَسْجِدِ نَصَبٌ نَاطِرٌ فِي مَصَالِحِهِ وَوَقْفِهِ ؟ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ ، كَمَا فِي نَصَبِ الْإِمَامِ وَالْمُؤَدِّي . هَذَا إِذَا وَجَدَ نَائِبٌ مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ ؛ كَمَا فِي الْقَرْيَةِ الصَّغَارِ أَوِ الْأَمَاكِنِ الثَّانِيَةِ ، أَوْ وَجَدَ ، وَكَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، أَوْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ نَصَبُ مَنْ لَيْسَ مَأْمُونًا ، فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ لَهُمُ النَّصَبَ ؛ تَخْصِيصًا لِلْعَرَضِ ، وَدَفْعًا لِلْمَفْسَدَةِ . وَكَذَا مَا عَدَاهُ مِنَ الْأَوْقَافِ ، لِأَهْلِ ذَلِكَ الْوَقْفِ ، أَوِ الْجِهَةِ نَصَبٌ نَاطِرٌ فِيهِ كَذَلِكَ . وَإِنْ تَعَنَّرَ [٢٤٧/٢] النَّصَبُ مِنْ جِهَةِ هَؤُلَاءِ ، فَلَرَّئِيسِ الْقَرْيَةِ أَوِ الْمَكَانِ ، النَّظَرُ وَالتَّصَرُّفُ ؛ لَأَنَّهُ مُحَلٌّ حَاجَةٌ . وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مِثْلِهِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَذَكَرَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » أَنَّ الْإِمَامَ يُقَرِّرُ فِي الْجَوَامِعِ الْكِبَارِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الْاسْتِحْقَاقُ عَلَى نَصْبِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ ، وَلَا نَظَرَ لغير النَّاطِرِ مَعَهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ ، وَقَالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَيَتَوَجَّهُ مَعَ حُضُورِهِ ، فَيُقَرَّرُ حَاكِمٌ فِي وَطِيقَةٍ خَلَّتْ فِي غَيْبَتِهِ ، لِمَافِهِ مِنَ الْقِيَامِ بِلَفْظِ الْوَاقِفِ فِي الْمُبَاشَرَةِ وَدَوَامِ نَفْعِهِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيدُهُ . وَلَا حُجَّةَ فِي تَوَلِّيَةِ الْأَثَمَةِ مَعَ الْبُعْدِ ؛ لَمَنْعِهِمْ غَيْرَهُمُ التَّوَلِّيَةَ . فَتَنْظِيرُهُ مَنَعَ الْوَاقِفِ التَّوَلِّيَةَ لَغَيْبَةِ النَّاطِرِ ، وَلَوْ سَبَقَ تَوَلِّيَةُ نَاطِرٍ غَائِبٍ ، قُدِّمَتْ . وَلِلْحَاكِمِ النَّظَرُ الْعَامُّ ، فَيَعْتَرِضُ عَلَيْهِ ، إِنْ فَعَلَ مَا لَا يَسُوغُ ، وَلَهُ ضَمُّ أَمِينٍ مَعَ تَفْرِيطِهِ أَوْ تَهَمَّتِهِ ، يَحْصُلُ

به الْمُقْصُودُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ أَيْضًا : وَمَنْ ثَبَتَ فِسْقَهُ ، أَوْ
أَصْرَهُ مُتَصَرِّفًا بِخِلَافِ الشَّرْطِ الصَّحِيحِ ، عَالِمًا بِتَحْرِيمِهِ ، قُدِّحَ فِيهِ ؛ فَإِذَا أَنْ
يَنْعَزِلَ ، أَوْ يُعْزَلَ ، أَوْ يُضْمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ ، عَلَى الْخِلَافِ الْمَشْهُورِ ، ثُمَّ إِنْ صَارَ هُوَ أَوْ
الْوَصِيُّ أَهْلًا ، عَادَ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ ، وَكَالْمَوْصُوفِ . وَقَالَ أَيْضًا : مَتَى قَرُطَ ،
سَقَطَ مِمَّا لَهُ بِقَدْرٍ مَا فَوْتَهُ مِنَ الْوَاجِبِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » : لَوْ عَزَلَ
عَنْ وَظِيفَتِهِ لِلْفِسْقِ ، مَثَلًا ، ثُمَّ تَابَ ، وَأَظْهَرَ الْعَدَالَهَ ، يَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ فِيهَا مَا قِيلَ
فِي مُسْأَلَةِ الشَّهَادَةِ ، أَوْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ تَهْمَةَ الْإِنْسَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَصْلَحَتِهِ أَبْلَغُ مِنْهَا
فِي حَقِّ الْغَيْرِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَهُ بِالْخِلَافِ الْمَشْهُورِ ، مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي
الْمَوْصِي إِلَيْهِ ، إِذَا فَسَقَ ، هَلْ يَنْعَزِلُ أَوْ يُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي . (١) وَيَأْتِي
بَيَانُ ذَلِكَ أَيْضًا قَرِيبًا ، فِي الْفَائِدَةِ السَّابِعَةِ (٢) . وَقَالَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » :
يَسْتَحِقُّ مَالَهُ ، إِنْ كَانَ مَعْلُومًا ، فَإِنْ قَصُرَ ، فَتَرَكَ بَعْضَ الْعَمَلِ ، لَمْ يَسْتَحِقُّ مَا قَابَلَهُ ،
وَلِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ مِنْهُ ، اسْتَحَقَّهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الزِّيَادَةَ . وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا ، فَأَجْرُهُ
مِثْلُهُ ، فَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا فِي الدُّيُونِ ، وَعَمِلَ بِهِ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ لَمْ
يُسَمَّ لَهُ شَيْءٌ ، فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، إِنْ كَانَ مَشْهُورًا بِأَخْذِ الْجَارِي
عَلَى عَمَلِهِ ، فَلَهُ جَارِي مِثْلُهُ ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَلَهُ الْأَجْرُ مِنْ وَقْتِ نَظَرِهِ فِيهِ .
قَالَ الْأَصْحَابُ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَمَنْ أَطْلَقَ النَّظَرَ
لِحَاكِمٍ ، شَمِلَ أَيْ حَاكِمٍ كَانَ ؛ سَوَاءً كَانَ مَذْهَبُهُ مَذْهَبَ حَاكِمِ الْبَلَدِ زَمَنَ
الْوَقْفِ ، أَوْ لَا ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ نَظَرٌ ، إِذَا انْفَرَدَ ، وَهُوَ بَاطِلٌ اتِّفَاقًا . وَقَدْ أَفْتَى الشَّيْخُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

نَصَرَ اللهُ الْحَنْبَلِيَّ ، وَالشَّيْخُ بُرْهَانُ الدِّينِ ^(١) وَلَدُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » ، فِي وَقْفٍ شَرَطَ وِاقِفُهُ أَنْ النَّظَرَ فِيهِ لِحَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ ؛ كَانَتْهُمَا مَنْ كَانَ ، بَأَنَّ الْحُكَّامَ إِذَا تَعَدَّدُوا ، يَكُونُ النَّظَرُ فِيهِ لِلسُّلْطَانِ ، يُؤَلِّيه مَنْ شَاءَ مِنَ الْمُتَأَهِّلِينَ لِذَلِكَ . وَوَامِنَ عَلَى ذَلِكَ الْقَاضِي سِرَاجُ الدِّينِ ابْنُ الْبُلْقِينِيِّ ^(٢) ، وَشَهَابُ الدِّينِ الْبَاغُوتِيِّ ^(٣) ، وَابْنُ الْهَاتِمِ ^(٤) ، وَالتَّفْهِيئِيُّ الْحَنْفِيُّ ^(٥) ، وَالْبَسَاطِيُّ الْمَالِكِيُّ ^(٦) . وَقَالَ الْقَاضِي نَجْمُ الدِّينِ ابْنُ حَجَّيٍّ ^(٧) ، نَقْلًا وَمُوَافَقَةً لِلْمُتَأَخِّرِينَ : إِنْ كَانَ صَادِرًا مِنَ الْوَاقِفِ قَبْلَ

(١) هو إبراهيم بن محمد بن مفلح تقي الدين ، ويقال : برهان الدين ، يعرف كآبيه بابن مفلح ، أخذ عن أبيه ، وولى قضاء الحنابلة بدمشق ، وكان إماما فاضلا بارعا ، فقيها ، عالما بمذهبه . توفى سنة ثلاثين وثمانمائة . السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة ، لابن حميد الحنبلي ق ٨ .

(٢) عمر بن رسلان بن نصير ، البلقيني ، سراج الدين ، أبو حفص . إمام محدث حافظ فقيه مفسر ، تولى قضاء دمشق ، صنف حواشي على المهمات على « الروضة » في فروع الفقه الشافعي وغيره . توفى سنة خمس وثمانمائة . الضوء اللامع ٦/ ٨٥ - ٩٠ .

(٣) إبراهيم بن أحمد بن ناصر الدمشقي الباغوتي ، برهان الدين ، شيخ الأدب في البلاد الشامية ، عرض عليه القضاء بدمشق بالإنجاح فأبى ، وكان ينعت بقاضي القضاة ، له مصنفات منها « مختصر الصحاح » للجوهري . توفى سنة سبعين وثمانمائة . الأعلام ٢٣/١ .

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن عماد المقدسي ، محب الدين ، أبو الفتح ابن الهائم . مصري الأصل اشتغل بالفقه والحديث ، وخرج لنفسه ولغيره ، صنف « الفرر المضية في شرح نظم الدرر السنية » وهو شرح لألفية العراقي في نظم السيرة النبوية . توفى سنة ثمان وتسعين وسبعمائة . شذرات الذهب ٦/ ٣٥٥ .

(٥) عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن بن علي التفهني الحنفى ، زين الدين ، قاضى القضاة ، مهر في الفقه والعربية والمعاني ، وناب في الحكم ، وولى التدريس ، ثم قضاء الحنفية ، فباشره مباشرة حسنة . توفى سنة خمس وثلاثين وثمانمائة . بغية الوعاة ٢/ ٨٤ .

(٦) هو محمد بن أحمد بن عثمان الطائي البساطي ، هشمي الدين ، أبو عبد الله . فقيه مالكي ، تولى القضاء بالديار المصرية ، صنف « المغنى » في الفقه ، و « شفاء الغليل في مختصر خليل » . توفى سنة اثنين وأربعين وثمانمائة . شذرات الذهب ٧/ ٢٤٥ .

(٧) أحمد بن حجى بن موسى بن أحمد السعدى الدمشقي ، شهاب الدين . حافظ مؤرخ ، يلقب بمؤرخ الإسلام ، انتهت إليه مشيخة الشيوخ في البلاد الشامية ، وصنف كتباً جليلة . توفى سنة ثمانمائة وستة عشر . الأعلام ١٠٥/١ .

حُدُوثِ الْقَضَاةِ الثَّلَاثَةِ ، فالمراد الشافعي ، وإلا فهو الشافعي أيضا على الرجح .
ولو قَوَّضَهُ حَاكِمٌ ، لم يَجْزُ لآخرِ نَقْضِهِ . ولو وَلَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَخْصًا ، قَدَّمَ
وَلَّى الْأَمْرَ أَحَقَّهُمَا . وقال الشيخ تقي الدين : لا يجوزُ لو اقْبَرِ شَرْطُ النَّظَرِ لِذِي
مَذْهَبٍ مُعَيَّنٍ دَائِمًا . وقال أيضًا : وَمَنْ وَقَفَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءَ ، فَلِلنَّازِلِ ثُمَّ
الْحَاكِمِ تَقْدِيرُ أُعْطِيَتْهُمْ ، فلو زَادَ النَّمَاءُ ، فهو لَهُمْ . وَالْحُكْمُ بِتَقْدِيمِ مُدْرِّسٍ أَوْ
غَيْرِهِ بَاطِلٌ ، لم نَعْلَمْ أَحَدًا يُعْتَدُّ بِهِ قَالَهُ ، وَلَا بِمَا يُشْبِهُهُ ، وَلَوْ نَفَذَهُ حُكَّامٌ ، وَبُطْلَانُهُ
لِمُخَالَفَتِهِ مُقْتَضَى الشَّرْطِ وَالْعُرْفِ أَيْضًا ، وَلَيْسَ تَقْدِيرُ النَّازِلِ أَمْرًا حَتْمًا كَتَقْدِيرِ
الْحَاكِمِ ، بَحِثْ لَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا لِغَيْرِهِ زِيَادَتُهُ وَنَقْضُهُ لِلْمُضَلَّحَةِ . وَإِنْ قِيلَ : إِنْ
الْمُدْرِّسُ لَا زَادَ وَلَا يُنْقَصُ بِزِيَادَةِ النَّمَاءِ وَنَقْضِهِ . كَانَ بَاطِلًا ، لِأَنَّهُ لَهُمْ . وَالْقِيَاسُ
أَنَّهُ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، وَلَوْ تَفَاوَتْ فِي الْمَنْفَعَةِ ، كَالْإِمَامِ وَالْجَيْشِ فِي الْمَغْنَمِ ، لَكِنْ
دَلَّ الْعُرْفُ عَلَى التَّفْضِيلِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْقِيَمَ وَنَحْوَهُ ، لِأَنَّهُ مَا يَأْخُذُهُ أَجْرَةٌ ، وَلِهَذَا
يَحْرُمُ أَخْذُهُ فَوْقَ أَجْرَةٍ مِثْلِهِ بِلَا شَرْطٍ . انْتَهَى كَلَامُهُ مُلَخَّصًا . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ
الْمُصَنِّفِ : إِذَا وَقَفَ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَضْرَهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَجُعِلَ الْإِمَامُ
وَالْمُوَدَّنُ كَالْقِيَمِ ، بِخِلَافِ الْمُدْرِّسِ ، وَالْمُعَلِّمِ ، وَالْفُقَهَاءِ ؛ فَإِنَّهُمْ مِنْ جِنْسٍ
وَاحِدٍ . وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ فِي مُدْرِّسٍ ، وَفُقَهَاءَ وَمُتَفَقِّهَةً ، وَإِمَامٍ ، وَقِيَمٍ ، وَنَحْوِ
ذَلِكَ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمُ بِالسُّوَرَةِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَبِتَوَجُّهِ رَوَاتِنَا عَامِلٍ زَكَاةٍ ،
الْثَّمَنِ ، أَوْ الْأَجْرَةِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفَاتِيحِ » : وَلَوْ شَرَطَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءَ
وَإِمَامٍ ، فَلِكُلِّ جِهَةٍ ثُلُثٌ . ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبْرِ فِي لَفْظِ الْمَنَافِعِ . قُلْتُ : يَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَخَذًا مِنْ رِوَايَتِي مَذْفُوعِ الْعَامِلِ ، هَلْ هُوَ الثَّمَنُ ؛ اِغْتِيَارًا بِالْقِسْمَةِ ،
أَوْ أَجْرَةٍ مِثْلِهِ بِالنَّسْبَةِ ؟ انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَلَوْ عَطِلَ مُغِلٌّ وَقَفَ مَسْجِدٌ
سَنَةً ، تَقَسَّطَتِ الْأَجْرَةُ الْمُسْتَقْبَلَةُ عَلَيْهَا ، وَعَلَى السَّنَةِ [٢٤٧/٢ ط] الْأُخْرَى ، لَتَقَوَّمَ

الوظيفة فيهما ؛ لأنه خير من التعطيل ، ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام . قال في « الفروع » : فقد أدخل ميل سنة في سنة . وقد أفتى غير واحد منا في زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر ، أنه يتمم ممّا بعده ، وحكم به بعضهم بعد سنين ، قال : ورأيت غير واحد لا يراه . انتهى . قال الشيخ تقي الدين : ومن لم يقم بوظيفته ، عزله من له الولاية لمن يقوم بها ، إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب . ويجب أن يؤلى في الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً ، وأن يعمل بما يقدر عليه من عمل واجب . وقال في « الأحكام السلطانية » : ولاية الإمامة بالناس طريقها الأولى ، لا الوجوب ، بخلاف ولاية القضاء والثقابة ؛ لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلى لهم ، صبح ، ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية ، وهي الجوامع ، إلا من ولّاه السلطان ؛ لئلا يفتات عليه فيما وكل إليه . وقال في « الرعاية » : إن رخصوا غيره بلا عذر ، كره ، وصح في المذهب ذكره في آخر الأذنان . السادسة ، لو شرط الواقف ناظرًا ، ومدرسًا ، ومعيذاً ، وإمامًا ، فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها ، وتخصيص فيه ؟ صرح القاضي في « خلافة الكبير » بعدم الجواز في الفقه ، بعد قول الإمام أحمد : لا يتمول الرجل من السواد . وأطال في ذلك . وقال الشيخ تقي الدين في « الفتاوى المصرية » : وإن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد ، فعل . انتهى . « وتقدم لابن رجب قريب من ذلك في الفائدة السابعة^(١) قريباً^(٢) . السابعة ، يشترط في الناظر الإسلام ، والتكليف ، والكفاية في التصرف ، والخبرة به ، والقوة عليه . ويضم

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « السابقة » وانظر صفحة ٤٣٨ .

إلى الصَّعِيفِ قَوِيٌّ أَمِينٌ . ثم إنَّ كَانَ النَّظَرُ لغيرِ المَوْقُوفِ عليه ، وَكَانَتْ تَوَلِيَّتُهُ مِنْ
 الْحَاكِمِ ، أَوْ النَّاطِرِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الْعَدَالَةِ فِيهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : بغيرِ خِلَافٍ
 عَلِمْتُهُ . وَإِنْ كَانَتْ تَوَلِيَّتُهُ مِنَ الْوَاقِفِ ، وَهُوَ فَاسِقٌ ، أَوْ كَانَ عَدْلًا فَفَسَقَ ، فَقَالَ
 الْمُصَنِّفُ وَجَمَاعَةٌ : يَصِحُّ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِيَّةُ الْفَاسِقِ ،
 وَيَنْعَزَلُ إِذَا فَسَقَ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمِنْ مُتَأَخَّرِي الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ بِمَا ذَكَرْنَا فِي
 الْفَسَقِ الطَّارِئِ ، دُونَ الْمُقَارِنِ لِلْوِلَايَةِ ، وَالْعَكْسُ أَنْسَبُ ؛ فَإِنْ فِي حَالِ الْمُقَارَنَةِ
 مُسَامَحَةٌ لَمَا يَتَوَقَّعُ مِنْهُ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الطَّرِيَانِ . انْتَهَى . وَإِنْ كَانَ النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ
 عَلَيْهِ ؛ إِمَّا بِجَعْلِ الْوَاقِفِ النَّظَرَ لَهُ ، أَوْ لِكَوْنِهِ أَحَقَّ بِذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ نَاطِرٍ ، فَهُوَ
 أَحَقُّ بِذَلِكَ ؛ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ؛ عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْظُرُ لِنَفْسِهِ . قَدَّمَهُ
 فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 أَمَّا الْعَدَالَةُ ، فَلَا تُشْتَرَطُ ، وَلَكِنْ يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ عَدْلٌ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ،
 وَالسَّامَرِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّرْطِ ، وَحِفْظِ الْوَقْفِ . انْتَهَى . قُلْتُ :
 وَهُوَ الصَّوَابُ . وَتَقَدَّمَ إِذَا كَانَ النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَكَانَ غَيْرَ أَهْلٍ ؛ لَصِغَرِ ،
 أَوْ سَفَهٍ ، أَوْ جُنُونٍ ، فَإِنْ وَلِيَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي النَّظَرِ ، إِنْ قُلْنَا : الْوَقْفُ يَمْلِكُهُ الْمَوْقُوفُ
 عَلَيْهِ . وَإِلَّا الْحَاكِمُ . الثَّامِنَةُ ، وَظِيفَةُ النَّاطِرِ ؛ حِفْظُ الْوَقْفِ ، وَالْعِمَارَةُ ، وَالْإِبْجَارُ ،
 وَالزَّرَاعَةُ ، وَالْمُخَاصَصَةُ فِيهِ ، وَتَحْصِيلُ رَيْعِهِ ؛ مِنْ أَجْرِهِ ، أَوْ زَرْعِهِ ، أَوْ ثَمَرِهِ ،
 وَالْاجْتِهَادُ فِي تَنْمِيَّتِهِ ، وَصَرْفُهُ فِي جِهَاتِهِ ؛ مِنْ عِمَارَةٍ وَإِصْلَاحٍ ، وَإِعْطَاءٍ مُسْتَحَقٍّ ،
 وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَهُ وَضْعُ يَدِهِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْأَصْلِ . وَلَكِنْ إِذَا شَرَطَ التَّصَرُّفُ لَهُ ،
 وَالْيَدُ لغيرِهِ ، أَوْ عِمَارَتُهُ إِلَى وَاحِدٍ ، وَتَحْصِيلُ رَيْعِهِ إِلَى آخَرَ ، فَعَلِيَ مَا شَرَطَ . قَالَ
 الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَنُصِبَ الْمُسْتَوْفِي الْجَامِعُ لِلْعُمَالِ الْمُتَفَرِّقِينَ ،
 وَهُوَ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ ، وَالْمُضْلَحَةُ ، فَإِنْ لَمْ تَتِمَّ مُضْلَحَةُ قَبْضِ الْمَالِ وَصَرْفِهِ إِلَّا بِهِ ،

وَجَبَ ، وَقَدْ يُسْتَعْتَقَى عَنْه لِقَلَّةِ الْعُمَالِ . قَالَ : وَمُبَاشَرَةُ الْإِمَامِ الْمُحَاسَبَةُ بِنَفْسِهِ ، كَتَضَبِّ الْإِمَامِ الْحَاكِمِ ، وَلِهَذَا كَانَ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، يُبَاشِرُ الْحُكْمَ فِي الْمَدِينَةِ بِنَفْسِهِ ، وَيُوَلِّي مَعَ الْبُعْدِ . انْتَهَى . الثَّاسِعَةُ ، قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا اغْتِرَاضَ لِأَهْلِ الْوَقْفِ عَلَى مَنْ وَلَّاهُ الْوَاقِفُ ، إِذَا كَانَ أَمِينًا ، وَلَهُمْ مَسْأَلَتُهُ عَمَّا يَخْتَاجُونَ إِلَى عَمَلِهِ مِنْ أَمْرِ وَقَفِهِمْ ، حَتَّى يَسْتَوِيَ عِلْمُهُمْ وَعِلْمُهُ فِيهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَنَفْسُهُ ، إِذَا كَانَ مُتَّهَمًا . انْتَهَى . وَلَهُمْ مُطَالَبَتُهُ بِاتِّسَاخِ كِتَابِ الْوَقْفِ ، لِيَكُونَ فِي أَيْدِيهِمْ وَثِيقَةً لَهُمْ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَتَسْجِيلُ كِتَابِ الْوَقْفِ مِنَ الْوَقْفِ كَالْعَادَةِ . الْعَاشِرَةُ ، مَا يَأْخُذُهُ الْفَقَهَاءُ مِنَ الْوَقْفِ ؛ هَلْ هُوَ كَالْجَارَةِ أَوْ جَعَالَةٍ ، وَاسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعَقْدَ عَرَفًا ، وَهُوَ كَالرِّزْقِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ . ذَكَرَهَا الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَاخْتَارَ الْأَخِيرَ ، فَقَالَ : وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَلَيْسَ عَوَضًا وَأُجْرَةً [٢٤٨/٢] ، بَلْ رِزْقٌ لِلْإِعَانَةِ ^(١) عَلَى الطَّاعَةِ ^(٢) ، وَكَذَلِكَ الْمَالُ الْمَوْقُوفُ عَلَى أَعْمَالِ الْبِرِّ ، وَالْمَوْصَى بِهِ ، أَوِ الْمُنْدُورُ لَهُ ، لَيْسَ كَالْأُجْرَةِ وَالْجُعْلِ . انْتَهَى . قَالَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » : وَلَا يُقَالُ : إِنَّ مِنْهُ مَا يُؤْخَذُ أُجْرَةً عَنْ عَمَلٍ ، كَالْتَدْرِيسِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ أَوَّلًا : لَأَنْسَلُمُ أَنَّ ذَلِكَ أُجْرَةً مُحَضَّةً ، بَلْ هُوَ رِزْقٌ وَإِعَانَةٌ عَلَى طَلَبِ ^(٣) الْعِلْمِ بِهَذِهِ الْأُمُورِ . انْتَهَى . وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا قَالَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا : مِمَّنْ أَكَلَ الْمَالَ بِالْبَاطِلِ قَوِّمَ لَهُمْ رَوَاتِبُ أَضْعَافِ حَاجَتِهِمْ ، وَقَوِّمَ لَهُمْ جِهَاتِ مَعْلُومَتِهَا كَثِيرٌ يَأْخُذُونَهُ وَيَسْتَنْبِطُونَ بَيِّنَاتٍ . وَقَالَ أَيْضًا : النَّيَابَةُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأَعْمَالِ الْمَشْرُوطَةِ جَائِزَةٌ ، وَلَوْ عَيْنُهُ الْوَاقِفُ ، إِذَا كَانَ النَّائِبُ مِثْلَ مُسْتَنَبِئِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مَقْسَدَةٌ

(١ - ١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : ١٠ .

فَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ ،
وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ .

٢٥٧٩ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ) النَّظَرُ فِي الْوَقْفِ لِمَنْ شَرَطَهُ
الوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ ، تَلِيَهُ مَا
عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(١) . وَلِأَنَّ مَصْرِفَ الْوَقْفِ يَتَّبِعُ فِيهِ
شَرُطُ الْوَاقِفِ ، فَكَذَلِكَ النَّظَرُ . فَإِنْ جَعَلَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ، جَاز ، وَإِنْ جَعَلَهُ
إِلَى غَيْرِهِ ، صَحَّ . فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْهُ إِلَى أَحَدٍ ، أَوْ جَعَلَهُ لِإِنْسَانٍ فَمَاتَ ، فَالنَّظَرُ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَكَانَ نَظَرُهُ إِلَيْهِ ، كَمِلْكِهِ
الْمُطْلَقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْظَرَ فِيهِ الْحَاكِمُ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ
شَيْخُنَا^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ هَلْ يَشْتَقِلُ إِلَى

الإِنصَافِ رَاجِحَةٌ ، كَالْأَعْمَالِ الْمَشْرُوعَةِ فِي الْإِجَارَةِ عَلَى عَمَلٍ فِي الذَّمَّةِ . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ - هذا المذهبُ بِلا رَيْبٍ ،
بشَرْطِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ - وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ . قُطِعَ
بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَى هَذَا الْوَجْهَ
عَلَى الْقَوْلِ بِإِنْفِكَالِ الْمَوْقُوفِ عَنْ مِلْكِ الْأَدَمِيِّ ، وَلَيْسَ هُوَ عِنْدِي كَذَلِكَ وَلَا بُدُّ ؛
إِذْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِحَقٍّ مِنْ يَأْتِي بَعْدُ . انْتَهَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » . وَقَالَ

(١) تقدم ترجمته في صفحة ٣٩١ .

(٢) في : المغنى ٢٣٧/٨ .

المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، أو إلى الله تعالى ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هو للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَالنَّظَرُ له فيه ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَيْنَهُ وَنَفْعَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هو لله تعالى . فَالْحَاكِمُ يَتَوَلَّاهُ ، وَيَصْرِفُهُ إِلَى مَصَارِفِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ [٢٢٢/٥ ط] الله ، فَكَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى حَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ . فَأَمَّا الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ وَالْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، فَالنَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ مُعَيَّنٌ يَنْظُرُ فِيهِ وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَنْيِبَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يُمَكِّنُهُ تَوَلَّى النَّظَرَ بِنَفْسِهِ .

فصل : ومتى كان النَّظَرُ للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، إِمَّا بِجَعْلِ الْوَاقِفِ النَّظَرَ له ، أَوْ لِكَوْنِهِ أَحَقُّ بِذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ نَظِيرٍ سِوَاهُ ، وَ^(١) كَانَ وَاحِدًا مُكَلَّفًا رَشِيدًا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِذَلِكَ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْظُرُ لِنَفْسِهِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، كِمِلْكِهِ الْمُطْلَقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ

المُصَنَّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُبْنً عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ ؛ هَلْ يَسْتَقِيلُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، أَوْ إِلَى اللَّهِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هو للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَالنَّظَرُ فِيهِ له ، وَإِنْ قُلْنَا : هو لله تعالى . فَالنَّظَرُ لِلْحَاكِمِ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْخِلَافَ هُنَا مُبْنً عَلَى الْخِلَافِ هُنَاكَ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ هُنَا : إِذَا قُلْنَا : النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَيَكُونُ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِهِ ، كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَهُمْ . انْتَهَى . فَلَعَلَّ الْمُصَنَّفَ مَا أَطْلَعَ عَلَى ذَلِكَ ، فَوَافَقَ اخْتِمَالَهُ مَا قَالُوهُ ، أَوْ تَكُونُ طَرِيقَةً أُخْرَى فِي الْمُسْلِمِ ، وَهُوَ أَقْرَبُ .

(١) في م : ١ أو ١ .

يُضَمُّ إِلَى الْفَائِضِ أَمِينٌ ؛ حِفْظًا لِأَصْلِ الْوَقْفِ عَنِ الْبَيْعِ وَالتَّضْيِيعِ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ لَجَمَاعَةٍ رَشِيدِينَ ، فَالْتَّظَرُّ لِلْجَمِيعِ ، لِكُلِّ إِنْسَانٍ فِي حِصَّتِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ سَفِيهَا ، قَامَ وَلِيُّهُ فِي النَّظَرِ مَقَامَهُ ، كِمَلِكِهِ الْمُطْلَقِ . وَإِنْ كَانَ النَّظَرُ لغيرِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ بِتَوَلِّيَةِ الْوَاقِفِ

تنبيه : محلُّ الخلافِ ، إِذَا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا ، أَوْ جَمْعًا مَحْصُورًا ؛ فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ غَيْرَ مَحْصُورِينَ ؛ كَالْفُقَرَاءِ ، وَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى مَسْجِدٍ ، أَوْ عَلَى مَدْرَسَةٍ ، أَوْ قَنْطَرَةٍ ، أَوْ رِبَاطٍ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَالْتَّظَرُّ فِيهِ لِلْحَاكِمِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَسَأَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ عَنْ دَارِ مَوْقُوفَةٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ فَقَامَ بِأَمْرِهَا ، وَتَصَدَّقَ بِعَلَّتِهَا عَلَى الْفُقَرَاءِ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنَ هَذَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ وَجْهٌ لِلشَّافِعِيَّةِ ، أَنَّ النَّظَرَ يَكُونُ لِلوَاقِفِ . قَالَ : وَهُوَ الْأَقْوَى . قَالَ : وَعَلَى هَذَا لَهُ نَصِيبٌ نَاطِرٌ مِنْ جِهَتِهِ ، وَيَكُونُ نَائِبًا عَنْهُ ، يَمْلِكُ عَزْلَهُ مَتَى شَاءَ . وَلَهُ أَيْضًا الْوَصِيَّةُ بِالنَّظَرِ ، لِأَصَالَةِ الْوِلَايَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ وَغَيْرُهُ بِأَتَمِّ مِنْ هَذَا قَرِيبًا .

قوله : وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يُعَيَّنِ الْوَاقِفُ الثَّقَفَةَ مِنْ غَيْرِهِ . وَهُوَ وَاضِحٌ ؛ فَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ مِنْ غَلَّتِهِ ، وَإِنْ عَيَّنَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ مِنْهُ ، بَلَا نِزَاعٍ بَيْنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَخَالَفَ الْمَالِكِيَّةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ ، فَقَالُوا : لَوْ شَرَطَ الْمَرَمَةَ عَلَى الْمَوْقُوفِ ، لَمْ يَجْزِ ، وَوَجِبَتْ فِي الْعَلَّةِ . وَعَنْ بَعْضِهِمْ ، يُرَدُّ لِلْوَقْفِ مَا لَمْ يُقْبَضْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَثَابَةِ الْعَوَضِ ، فَنَاقَى مَوْضُوعَ الصَّدَقَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَقْوَى . انْتَهَى . وَإِذَا قُلْنَا : هُوَ مِنْ غَلَّتِهِ . فَلَمْ تَكُنْ لَهُ عِلَّةٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ رُوحٌ أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ رُوحٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ أَوْ مُعَيَّنِينَ ، أَوْ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنِينَ ، فَالصَّحِيحُ مِنْ

الشرح الكبير

أو الحاكِم ، أو لبعضِ الموقوفِ عليهم ، لم يَجْزُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا أَمِينًا ، فَإِنْ لم يكنْ أَمِينًا ، لم تَصِحَّ وِلايَتُهُ إِنْ كَانَتْ مِنَ الحاكِمِ ، وَأُرِيلَتْ يَدُهُ . وَإِنْ وَلَّاهُ الواقِفُ وهو فائِيقُ ، أو كانَ عَدْلًا ففَسَقَ ، ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ لِحِفْظِ الوقْفِ ، ولم تَزَلْ يَدُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقِّينِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا

المذهب ، وَجُوبُ نَفَقَتِهِ عَلَى الموقوفِ عليهم . وعليه أَكْثَرُ الأصحابِ ؛ منهم المَصْنُفُ ، والشارِحُ ، وصاحبُ « التلخيص » ، والحرثِيُّ ، وغيرُهُم . قال الحرثِيُّ : بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُمْ . وَذَكَرَ المَصْنُفُ وَجْهًا بوجوبِهَا فِي بَيْتِ المَالِ . قال الحرثِيُّ : وَيَحْسُنُ بِنَاؤُهُ عَلَى انْتِفَاءِ بِلْكَ الأَدَمِيِّ لِلْمَوْقُوفِ . قال : وَبِهِ أَقُولُ . ثُمَّ إِنْ تَعَذَّرَ الإنْفَاقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، أَوْ مِنَ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، عَلَى القَوْلِ بوجوبِهَا عَلَيْهِ ، يَبِيعُ وَصَرَفَ الثَّمَنُ فِي عَيْنٍ أُخْرَى تَكُونُ وَقْفًا لِمَجْلِ الضَّرُورَةِ . قاله الحرثِيُّ . قُلْتُ : فَيُعَالِي بِهَا . وَإِنْ كَانَ عَدَمُ العَلَّةِ لِأَجْلِ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يُسْتَعْلَ ؛ كَالْعَبْدِ يَخْدُمُهُ ، وَالْفَرَسَ يَغْزُو عَلَيْهِ ، أَوْ يَرْكَبُهُ ، أَجَرَ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ . قاله الحرثِيُّ وغيرُهُ . وَهُوَ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ كَلَامِ المَصْنُفِ . وَإِنْ كَانَ الوقْفُ الَّذِي لَهُ رُوحٌ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْعَزَاقِ ، وَنَحْوِهِمْ ، فَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ . ذَكَرَهُ القَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . قاله الحرثِيُّ . وَيَتَجَهَّ إِيجَارُهُ بِقَدْرِ النُّفَقَةِ حَيْثُ أَمَكَّنَ ، مَا لَمْ يَتَعَطَّلَ النُّفْعُ الْمَوْقُوفُ لِأَجْلِهِ ، ثُمَّ إِنْ تَعَذَّرَ ، فَفِي بَيْتِ المَالِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ الإنْفَاقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، يَبِيعُ ، وَلَا يَبُدُّ . قاله الحرثِيُّ . [٢٤٨/٢ ط] قُلْتُ : فَيُعَالِي بِهَا أَيْضًا . وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ ، فَمُوتُهُ تَجْهِيزُهُ ، عَلَى مَا قُلْنَا فِي نَفَقَتِهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَ الوقْفُ لَا رُوحَ فِيهِ ؛ كَالْعَقَارِ وَنَحْوِهِ ، لَمْ تَجِبْ عِمَارَتُهُ عَلَى أَحَدٍ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الأصحابِ . وَجَزَمَ بِهِ الحرثِيُّ وغيرُهُ . قال فِي « التلخيص » : إِلَّا مَنْ يُرِيدُ الانْتِفَاعَ بِهِ ، فَيَعْمُرُهُ بِاخْتِيَارِهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ

تَصِحُّ تَوَلِيَّةُ الْفَاسِقِ ، وَيَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ ؛ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ ، فَنَافَاها الْفِئْسُقُ ، كَمَا لَوْ وُلَّاهُ الْحَاكِمُ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْوَقْفِ مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ ، فَإِنْ يَذَهُ تَزَالُ ؛ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وِلَايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

فصل : وَنَفَقَةُ الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّبَعَ شَرْطُهُ فِي مَضَرِّهِ ، وَجِبَ اتِّبَاعُهُ فِي نَفَقَتِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرَطَ ، فَمِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْبِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ

الدَّيْنِ : تَجِبُ عِمَارَةُ الْوَقْفِ بِحَسَبِ الْبُطُونِ .

فوائد ؛ الْأُولَى ، لَوْ اخْتِاجَ الْخَانَ الْمُسَبِّلُ ، أَوِ الدَّارُ الْمَوْقُوفَةُ لِسُكْنَى الْحَاجِّ أَوِ الْغُرَاقِ إِلَى مَرْمَتِهِ ، أَوْ جَرَّ جُزْءٍ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَتَقْدَمُ عِمَارَةُ الْوَقْفِ عَلَى أَرْبَابِ الْوِظَائِفِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدَّيْنِ : الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا حَسَبَ الْإِمْكَانِ أَوَّلَى ، بَلْ قَدْ يَجِبُ . انْتَهَى . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : عِمَارَتُهُ لَا تَدْخُلُ مِنْ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَشْرُطَ الْبِدَاءَةَ بِهَا ، كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي تَقْدِيمِهَا . الثَّانِي ، اشْتِرَاطُ تَقْدِيمِ الْجِهَةِ عَلَيْهَا ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمُوجِبِهِ ، مَا لَمْ يُؤَدَّ إِلَى التَّعْطِيلِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ ، قُدِّمَتِ الْعِمَارَةُ ، فَيَكُونُ عَقْدُ الْوَقْفِ مُخَصَّصًا لِلشَّرْطِ . وَهَذَا عَلَى الْقَوْلِ بِطِلَاقِ تَأْقِيتِ الْوَقْفِ ، أَمَّا عَلَى صِحَّتِهِ ، فَتَقْدَمُ الْجِهَةُ كَيْفَ كَانَ . الثَّالِثُ ، شَرَطُ الصَّرْفِ إِلَى الْجِهَةِ فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا ، فَهُوَ فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ تَقْدِيمِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ ، فَيَتَرْتَّبُ مَا قُلْنَا فِي الثَّانِي . الرَّابِعُ ، إِبْقَاعُ الْوَقْفِ عَلَى فُلَانٍ ، أَوْ جِهَةٍ كَذَا ، وَيُضَرُّ لَهُ . انْتَهَى . الثَّالِثَةُ ، يَجُوزُ لِلنَّاطِقِ الْأَسْتِدَانَةَ عَلَى الْوَقْفِ بِدُونِ إِذْنِ الْحَاكِمِ لِمَصْلَحَةٍ ؛ كَثِيرَاتِهِ لِلْوَقْفِ نَسِيئَةً ، أَوْ بِنَقْدٍ لَمْ يُعَيَّنْ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ

عليه ، فهو من ضرورته . وكذلك عِمَارَةُ الْوَقْفِ ، قِيَاسًا عَلَى نَفَقَتِهِ . فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَتَنَفَقَتْهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا نَذَرَهُ .

فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَيَتَوَجَّهُ فِي قَرْضِهِ مَالًا ، كَوَلَّى . الرَّابِعَةُ ، لَوْ أُجْرَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْوَقْفَ ، ثُمَّ طَلَبَ بزيادةٍ ، فَلَا فَسْخَ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَلَوْ أُجْرَ الْمُتَوَلَّى مَا هُوَ عَلَى سَبِيلِ الْخَيْرَاتِ ، ثُمَّ طَلَبَ بزيادةٍ أَيْضًا ، فَلَا فَسْخَ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفْسَخَ . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » . الْخَامِسَةُ ، إِذَا أُجْرَهُ بِدُونِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ، صَحَّ ، وَضَمِنَ النِّقْصَ ؛ « كَيْفَ الْوَكِيلِ بِالنِّقْصِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ » ، قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » . وَقَالَ فِي « الْفَاتِي » : وَهَلِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِجَارَةُ الْمَوْقُوفِ بِدُونِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . السَّادِسَةُ ، يَجُوزُ صَرْفُ الْمَوْقُوفِ عَلَى عِمَارَةِ الْمَسْجِدِ ؛ كِبْنَاءِ مَنَارَتِهِ وَإِصْلَاحِهَا ، وَكَذَا بِنَاءُ مِئْبَرِهِ ، وَأَنْ يَشْتَرَى مِنْهُ سُلْمًا لِلسُّطْحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ مِنْهُ ظُلْمَتَهُ . وَلَا يَجُوزُ فِي بِنَاءِ مِرْحَاضٍ ، وَلَا فِي زَخْرَفَةِ الْمَسْجِدِ ، وَلَا فِي شِرَاءِ مَكَانِسَ وَمَجَارِفَ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ عَلَى مَصَالِحِ الْمَسْجِدِ ، أَوْ عَلَى الْمَسْجِدِ ، بِهَذِهِ الصِّيغَةِ ، فَجَائِزُ صَرْفُهُ فِي نَوْعِ الْعِمَارَةِ ، وَفِي مَكَانِسَ ، وَمَجَارِفَ ، وَمَسَاجِدَ ، وَقَنَادِيلَ ، وَفُرُشَ ، وَوَقُودَ ، وَرِزْقَ إِمَامٍ ، وَمُؤَدِّينَ ، وَقِيَمَ . وَفِي « نَوَادِرِ الْمَذْهَبِ » لِابْنِ الصَّبْرِيِّ ، مَنْعُ الصَّرْفِ مِنْهُ فِي إِمَامٍ ، أَوْ بَوَارِي ، قَالَ : لِأَنَّ ذَلِكَ مُضْلَحَةٌ لِلْمُضْلِينَ ، لَا لِلْمَسْجِدِ . وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ . السَّابِعَةُ ، قَالَ فِي « نَوَادِرِ الْمَذْهَبِ » : لَوْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَى مَسْجِدٍ ، وَعَلَى إِمَامٍ يُصَلِّي فِيهِ ، كَانَ لِلإِمَامِ نِصْفُ الرَّيْعِ ،

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ لَوْلَدِهِ الذَّكَوْرُ
وَالْإِنَاثُ بِالسُّوِّيَّةِ ،.....

٢٥٨٠ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ
لَوْلَدِهِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ) وَالْخَنَائِي^(١) (بِالسُّوِّيَّةِ) . وكذلك إن قال :
وَقَفْتُ [٢٢٣/٥] عَلَى أَوْلَادِي . أو : عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ . لَأَنَّهُ شَرَكٌ بَيْنَهُمْ ،
وَإِطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُمْ بَشِيءٌ ، وَكَوَلَّدَ الْأُمُّ
فِي الْوِثَاقِ حِينَ شَرَكِ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ فِيهِ فَقَالَ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي
الْثُلُثِ ﴾^(٢) . تَسَاوَوْا فِيهِ ، وَلَمْ يُفْضَلْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَيْسَ
كَذَلِكَ فِي مِيرَاثِ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَدِ الْأَبِ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ
كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾^(٣) . وَلَا نَعْلَمُ فِي
هَذَا خِلَافًا .

كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرُو . قَالَ : وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى مَسَاجِدِ الْقَرْيَةِ ، وَعَلَى إِمَامٍ
يُصَلِّي فِي وَاحِدٍ مِنْهَا ، كَانَ الرَّيْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ كُلِّ الْمَسَاجِدِ نِصْفَيْنِ . انْتَهَى . وَتَابِعَهُ
الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ بِقَدْرِ مَا يَحْصُلُ لِمَسْجِدٍ وَاحِدٍ . وَلَهُ نِظَائِرٌ .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ لَوْلَدِهِ الذَّكَوْرُ وَالْإِنَاثُ
بِالسُّوِّيَّةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لَكِنْ لَوْ حَدَّثَ لِلْوَاقِفِ وَلَدٌ بَعْدَ وَقْفِهِ ،
فَقَدْ دُخِلَ رَوَاتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ، فِي
« الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : إِخْدَاهُمَا ، يَدْخُلُ مَعَهُمْ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ،

(١) في م : « الحبالي » .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سورة النساء ١٧٦ .

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى الْمَقْنَعِ رِوَايَتَيْنِ .

٢٥٨١ - مسألة : (لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي ذَلِكَ ، فَرُوي عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَوْلَادِهِ ، وَأَوْلَادِ بَنِيهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ، مَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةً تَضَرِفُهُ عَنْ ذَلِكَ ، ذُونَ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ . قَالَ

وَأَقْبَى بِهِ ابْنُ الرَّأْغُونِيِّ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَدْخُلُ مَعَهُمْ . (وَهُوَ الْمَذْهَبُ) ، قَدَّمَهُ فِي (« الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ ») ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، (وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَالْوَصِيَّةُ كَذَلِكَ) .

قوله : وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقُطِعَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا يَدْخُلُونَ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقِيلَ : يَدْخُلُونَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِذَا قِيلَ يَدْخُلُونَ وَلَدُ الْوَلَدِ ، هَلْ يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ؟ جَزَمَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ هُنَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، مَعَ إِمْرَادِهِمُ الْخِلَافَ فِيهِ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ . كَمَا فِي الْكِتَابِ . قَالَ : وَالصُّوَابُ التَّشْبِيهُ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ ؛ فَيُطْرَدُ فِي هَذِهِ مَا فِي الْأُخْرَى ، لِتَنَاوُلِ الْوَلَدِ وَالْأَوْلَادِ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، فَمَا بَعْدَهُ .

(١ - ١) سقط من : ط .

المَرْوُذِيُّ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ وَقَفَ صَنِيعَةً عَلَى وَلَدِهِ ، فَمَاتَ الْأَوْلَادُ وَتَرَكَوا النَّسْوَةَ حَوَامِلَ ؟ فَقَالَ : كُلُّ مَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الذَّكَوْرِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أَوْ بَنِينَ ، فَالْصَّنِيعَةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِمْ ، وَمَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ ^(١) . دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، وَلَمَّا قَالَ : ﴿ وَلِلْبَنَاتِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّنْهُمَا الضُّدُّ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ . تَنَاوَلَ وَلَدُ الْبَنِينَ . فَالْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّ إِذَا خَلَا عَنْ قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَيُفَسَّرَ بِمَا يُفَسَّرُ بِهِ . وَلَأَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ وَلَدٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْبِقُونِي عَادَمٌ ﴾

قوله : وهل يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ على روايتين . ظاهرُ كلامِهِ أَنَّهُمْ سَوَاءٌ كَانُوا مُوجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، أَوْ لَا ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْخِلَافَ جَارٍ فِيهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، وَيُوسُفَ بْنِ مُوسَى ، وَمُحَمَّدِ ابْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ الْمُنَادِيِّ ^(٢) . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : [٢٤٩/٢] الْمَذْهَبُ دُخُولُهُمْ . قَالَ النَّاطِظُ : وَهُوَ أَوْلَى . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْجَائِزَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَاخْتَارَهُ الْخَلَّالُ ، وَأَبُو بَكْرٍ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُنَادِي » وَفِي ط : « ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمَنَازِي » . وَهُوَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ ابْنِ الْمُنَادِي الْبَغْدَادِي ، أَبُو جَعْفَرٍ . قَالَ ابْنُ أَبِي حَاتِمٍ : سَمِعْتُ مِنْهُ مَعَ أَبِي فَقَالَ : صَدُوقٌ . وَقَالَ غَيْرُهُ : ثَقَّةٌ . تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٩/٣٢٥ - ٣٢٧ .

و: ﴿يَسْنِي إِسْرَءِيلَ﴾. وقال النبي ﷺ: «ارْمُوا يَا بَنِي إِسْمَاعِيلَ، فَإِنَّ آبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا»^(١). وقال: «نَحْنُ بَنُو النَّصْرِ بْنِ كِنَانَةَ»^(٢). ولأنه لو وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ فَلَانٍ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً. وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ بِحَالٍ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الْبَيْنِ وَوَلَدُ الْبَنَاتِ. اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةٌ وَعُرْفًا إِنَّمَا هُوَ وَلَدُهُ لَصْلِبِهِ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ وَلَدُ الْوَلَدِ وَلَدًا مَجَازًا، وَلِهَذَا يَصِحُّ نَفْيُهُ، فَيَقَالُ: مَا هَذَا وَلَدِي، إِنَّمَا هُوَ وَلَدُ وَلَدِي. فَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ فَلَا يَدْخُلُونَ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾. قَالَ الشَّاعِرُ^(٣):

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا
بَنُوهُمْ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

عَبْدُ الْعَزِيزِ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ، وَالْقَاضِي فِيمَا عَلَّقَهُ بِخَطِّهِ عَلَى ظَهْرِ «خِلَافِهِ»، وَغَيْرُهُمْ. وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ، لَا يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا. قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي بَابِ الْوَصَايَا، وَالْقَاضِي، وَابْنُ عَقِيلٍ: لَا يَدْخُلُونَ بِدُونِ قَرِينَةٍ. قَالَ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ: اخْتَارَهُ الْقَاضِي، وَأَصْحَابُهُ. وَعَنْهُ، يَدْخُلُونَ، إِنْ كَانُوا

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ التَّحْرِيفِ عَلَى الرَّمْيِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ، وَفِي: بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿وَإِذْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ...﴾، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ، وَفِي: بَابِ نَسْبَةِ الْيَمَنِ إِلَى إِسْمَاعِيلَ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٤٥، ١٧٩، ٢١٩. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ الرَّمْيِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٩٤١/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١/٣٦٤، ٥٠/٤.

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ مَنْ نَفَى رَجُلًا مِنْ قَبِيلَةٍ، مِنْ كِتَابِ الْحُلُودِ. سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٨٧١/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٨٧١/٢.

(٣) نَسَبَ الْبَيْتَ لِلْفَرَزْدَقِ. وَهُوَ فِي: الْحِمَاةِ، لِأَيِّ تَمَامِ ١/٢٧٤. وَانْظُرْ حَاشِيَةَ دَلَالَةِ الْإِعْجَازِ ٣٧٤.

فصل : فإن قال : على^(١) وَلَدِي لَصْلِي . فهو آكَدُ في اختصاصه بالوَلَدِ [٢٢٣/٥ ط] دُونَ وَلَدِ الْوَلَدِ . وإن قال : على وَلَدِي ،^(٢) وَلَدِ وَلَدِي^(٣) ، ثم على الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ والثَّانِي ، ولم يَدْخُلْ فِيهِ^(٤) الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وإن قال : على وَلَدِي ، وَلَدِ وَلَدِي ، وَلَدِ وَلَدِ وَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطُونٍ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمُطْلَقُ ، فَأَمَّا مع وجود دَلَالَةٍ تَصْرِفُ إِلَى أَحَدِ الْمَحْمِلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَيْهِ بغيرِ خِلَافٍ ، مثل أن يقول : على وَلَدِ فلانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ليس فِيهِمْ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ،^(٥) فَإِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى وَلَدِ الْأَوْلَادِ بغيرِ خِلَافٍ . وكذلك إن قال : على أَوْلَادِي - أو - وَلَدِي . وليس له وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ^(٦) . أو قال : وَيُفْضَلُ الْوَلَدُ الْأَكْبَرُ - أو - الْأَفْضَلُ - أو الْأَعْلَمُ - على غيرِهِمْ .

مَوْجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، وَإِلَّا فَلَ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَاتَيْنِ » ، و « الْفَاتِقِ » ، وقال : نَصَّ عَلَيْهِ ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . « وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ » : إِنْ كَانَ ثَمَّ وَلَدٌ ، لم يَدْخُلْ وَلَدُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ لم يَكُنْ وَلَدٌ ، دَخَلَ . وَاسْتَشْهَدَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ^(٧) . وَأُطْلِقَ الْخِلَافُ فِي « الْفُرُوعِ » فِي الْمَوْجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، وَقَدَّمَ عَدَمَ الدُّخُولِ فِي غَيْرِ الْمَوْجُودِينَ . وَهَذَا مُسْتَشْتَى مِمَّا اضْطَلَحْنَا عَلَيْهِ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ .

(١) بعده في م : « ولد » .

(٢ - ٣) في الأصل : « وولدي » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٥) سقط من : م .

(٥ - ٥) زيادة من : ١ .

الشرح الكبير

أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقِبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدٍ
وَلَدَى غَيْرِ وَلَدِ الْبَنَاتِ - أَوْ - غَيْرِ وَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفْضَلُ الْبَطْنُ
الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَلَأَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ . فَهَذَا يَصْرِفُ
لَفْظَهُ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . فَإِنْ افْتَرَنْتَ بِهِ قَرِيبَةً تَقْتَضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ
لِصُلْبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . أَوْ : الَّذِينَ يَلُونَنِي .
وَنَحْوِ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِتَعْمِيمِهِمْ ،
إِمَّا لِلْقَرِيبَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا : إِنَّ الْمَطْلُوقَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ . وَلَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ
مَا يَقْتَضِي تَشْرِيكَاً وَلَا تَرْتِيباً ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الْجَمِيعِ عَلَى التَّشْرِيكِ ؛
لَأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولاً وَاحِداً ، فَوَجَبَ أَنْ يَشْتَرِكُوا فِيهِ ، كَمَا لَوْ

فَعَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، قَالَ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِنْ قَالَ : عَلَى
وَلَدِي ، وَوَلَدِي وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَمْ يَدْخُلِ
الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِي وَلَدِي . دَخَلَ ثَلَاثُ بَطُونٍ ، دُونَ
مَنْ بَعْدَهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ وَفَّقَ رَوَايَةَ أَبِي طَالِبٍ .

تَبْيِيهِانِ ؛ الْأَوَّلُ ، حَيْثُ قُلْنَا بِدُخُولِهِمْ ، فَلَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا بَعْدَ آبَائِهِمْ مُرْتَبًا .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ كَقَوْلِهِمْ ^(١) : بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ . أَوْ الْأَقْرَبُ فَلَأَقْرَبَ .
قَدَّمَهُ فِي « الْفَائِظِ » ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصْحُ
مُرْتَبًا . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » أَيْضًا . وَقِيلَ : يَسْتَحِقُّونَ مَعَهُمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْقَوَاعِدِ » . وَقَالَ فِي التَّرْتِيبِ : فَهَلْ هُوَ تَرْتِيبُ بَطْنٍ عَلَى بَطْنٍ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ

(١) فِي ط : « كَقَوْلِنَا » .

أَقْرَبُ لَهُمْ بَدْنَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى التَّرْتِيبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيبِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلِيٍّ بَنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ وَلَدِهِ . فَمَاتَ وَلَدُ عَلِيٍّ بَنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَلَدًا ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلِيٍّ بَنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلِيٍّ بَنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوْلَدِهِ مَنْ مَاتَ مِنْ وَلَدِ عَلِيٍّ بَنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ وَلَدَ الْبَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ . لَمْ يَسْتَحِقْ وَلَدُ الْبَيْنِ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هَهُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوْلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيبَ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ شَيْئًا ، مَعَ وُجُودِ فَرْدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ ، أَوْ تَرْتِيبُ فَرْدٍ عَلَى فَرْدٍ ؛ فَيَسْتَحِقُّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ وَالِدِهِ بَعْدَ فَقْدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي مَنْصُوصُ أَحْمَدَ . انْتَهَى . الثَّانِي ، حُكْمُ مَا إِذَا أَوْصَى لَوْلَدِهِ فِي دُخُولِ وَلَدِ بَيْنِهِ حُكْمُ الْوَقْفِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . « وَحَكَاهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » عَنْ الْأَصْحَابِ ، قَالَ : وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَصَّ عَلَى دُخُولِهِمْ . وَالْمَعْرُوفُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَقْفِ . وَأَشَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِلَى دُخُولِهِمْ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَتَأَبَّدُ^(١) ، وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِكُ لِلْمَوْجُودِينَ ، فَيَخْتَصُّ بِالطَّبَقَةِ الْعُلْيَا الْمَوْجُودَةِ^(٢) .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢) في النسخ « يتأبد » ، وانظر : القواعد ٣٥٣ .

الشرح الكبير

فصل : وإن رَتَّبَ فقال : وَقَفْتُ هذا على وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِي ، ما تَنَاسَلُوا وَتَعاقَبُوا ، الأَعْلَى فالأَعْلَى - أو^(١) - الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ - أو - الأولُ [٢٢٤/٥] فالأَوَّلُ - أو - البَطْنُ الأولُ ثم البَطْنُ الثاني - أو - على أولادِي ، ثم على أولادِ أولادِي - أو - على أولادِي ، فإذا انْقَرَضُوا فعلى أولادِ أولادِي . " فكلُّ هذا على " التَّرْتِيبِ ، لا يَسْتَحِقُّ البَطْنُ الثاني شيئاً حتى يَنْقَرِضَ البَطْنُ الأولُ كُلُّهُ . ومتى بَقِيَ واحدٌ مِنَ البَطْنِ الأولِ كان الجميعُ له ؛ لأنَّ الوقْفَ ثَبَتَ بقوله ، فَيَتَّبَعُ فيه^(٢) مُقْتَضَى كلامِهِ . وإن قال : على أولادِي وأولادِهِمْ ، ما تَعاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، على أَنَّهُ مَن مات منهم عن وَلَدٍ كان ما كان جارِياً عليه جارِياً على وَلَدِهِ . كان دَلِيلًا على التَّرْتِيبِ ؛ لأنَّهُ لو اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لاقتَضَى التَّسْوِيَةَ ، ولو جَعَلْنَا لَوَلَدِ الوَلَدِ سَهْمًا مثلَ سَهْمِ أَبِيهِ ، ثم دَفَعْنَا إليه سَهْمَ أَبِيهِ ، صار له سَهْمَانِ ، ولغيرِهِ سَهْمٌ ، وهذا يُنافِي التَّسْوِيَةَ ، ولأنَّهُ يُفَضِّلُ إلى تَفْضِيلِ وَلَدِ الابنِ على الابنِ ، والظاهرُ مِنْ إِرَادَةِ الواقِفِ خِلافُ هذا . فإذا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فَإِنَّهُ تَرْتِيبٌ بَيْنَ كُلِّ والدٍ وَوَلَدِهِ ، وإذا مات عن وَلَدٍ انتَقَلَ إلى وَلَدِهِ سَهْمُهُ ، سواءَ بَقِيَ مِنَ البَطْنِ الأولِ أَحَدٌ أو لم يَبْقَ .

الإنصاف

فوائد : إِيحداها ، لو قال : على وَلَدِ فلانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ، أو قال : على أولادِي وأولادِهِمْ . فلا تَرْتِيبَ . وسأله ابنُ هانئٍ ، عن مَن وَقَفَ شيئاً على فلانٍ مُدَّةَ حَيَاتِهِ

(١) في م : و و .

(٢-٢) في م : وفعل هذا .

(٣) سقط من : م .

فصل : وإن رَتَّبَ بَعْضَهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا . أَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، يَشْتَرِكُ^(١) مَنْ شَرَكَ بَيْنَهُم بِالْوَاوِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْجَمْعِ . وَالتَّشْرِيكِ ، وَيُرْتَّبُ مَنْ رَتَّبَهُ بِحَرْفِ التَّرْتِيبِ ، فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَشْتَرِكُ الْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا ، صَارَ لِمَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّانِيَةِ يَخْتَصُّ بِهِ الْوَلَدُ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا ، صَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّالِثَةِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْبَطْنَانِ الْأَوَّلَانِ دُونَ غَيْرِهِمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فِيهِ مَنْ بَعْدَهُمْ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ أَوْلَادِي عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ - أَوْ - فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَاتِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ وَلَدِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ أَخِيهِ - أَوْ - لِأَخَوَاتِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ أَخَوَاتِهِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ . وَإِنْ قَالَ : وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . وَكَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ،

^(٢) وَلَوْلَدِهِ ؟ قَالَ : هُوَ لَهُ حَيَاتُهُ^(٢) ، فَإِذَا مَاتَ ، فَلَوْلَدِهِ . وَإِذَا قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، فَإِذَا انْقَرَضُوا ، فَلِلْفُقَرَاءِ . شِمْلَهُ عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : لَا يَشْمَلُهُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

فَنَصِيْبُهُ لِأَخِيهِ وَابْنَتِي أَخِيهِ بِالسُّوِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْوَقْفِ . ثُمَّ إِنْ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْ الْإِبْنِ عَنْ غَيْرِ [٥ / ٢٢٤ ط] وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلُ الْوَقْفِ . وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْبَيْنِ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، وَخَلَّفَ أَخُوَيْهِ^(١) وَابْنَتِي أَخٍ لَهُ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخُوَيْهِ ذَوْنِ ابْنَتِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا صَارَ نَصِيْبُهُ لهما ، فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيْبُهُ لِابْنَتِي أَخِيهِ بِالسُّوِّيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَلَدًا ، فَإِنْ خَلَّفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيْبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النُّصْفُ ، وَلابْنَتِي عَمَّةُ النُّصْفِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًّا عَلَيْهِ جَارِيًّا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ . وَكَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبَطْنَيْنِ كُلِّمَا ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ جَمِيعِ أَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَآنَّا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيْبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالتَّشْرِيْكُ يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيْبُهُ إِلَى سَائِرِ الْبَطْنِ الَّذِي

اِقْتَرَنَ بِاللَّفْظِ مَا يَفْتَضِي الدُّخُولَ ، دَخَلُوا بِإِلَّاخْلَافٍ ؛ كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي . وَهُمْ قَبِيْلَةٌ ، أَوْ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِ أَوْلَادِي أَبَدًا مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي . وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادٍ ، أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ، الْأَعْلَى فَلِأَعْلَى . أَوْ : تَخَجُّبُ الطَّبَقَةُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَخُوَيْتِهِ » .

هو منه ؛ لأنهم في درجته في القرب إلى الجد^(١) الذي يجمعهم ،
ويستوى في ذلك إخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه ؛ لأنهم سواء في القرب ،
ولأننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه ، لم يكن في هذا الشرط
فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئا يفيد . فعلى هذا ، إن لم يكن في درجته أحد ،
بطل هذا الشرط ، وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره . وإن كان الوقف
على البطن الأول ، على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ،
ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من في درجته ، ففيه ثلاثة أوجه ؛
أحدها ، أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم ، يتساوون فيه ، سواء
كانوا من بطن واحد أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف
أو اختلفت ؛ لما ذكرنا من قبل . والثاني ، أن يكون لأهل بطنه ، سواء

الغلبا الطبقة السفلى . وما أشبه هذا . وإن اقتضى عدم الدخول ، لم يدخلوا بلا
خلاف ، كعلي ولدي لصلبي . أو : الذين يلونني . ونحو ذلك ، على ما يأتي في
قوله : ولدي لصلبي . الثالثة : لو قال : على أولادي ، فإذا انقرض أولادي وأولاد
أولادي ، فعلى المساكين . فقال في « المجرد » ، و « الكافي » : يدخل أولاد
الأولاد ؛ لأن اشتراط انقراضهم دليل إرادتهم بالوقف . وفي « الكافي » وجه بعدم
الدخول ؛ لأن اللفظ لا يتناولهم ، فهو منقطع الوسط ؛ يصرف بعد انقراض أولاده
مصرف المنقطع ، فإذا انقرض أولادهم ، صرف إلى المساكين . الرابعة ، قال
في « التلخيص » : إذا جهل شرط الواقف ، وتعدر العثور عليه ، قسم على أربابه
بالسوية ، فإن لم يعرفوا ، جعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه . انتهى . وقال

(١) في م : الحد .

كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا ، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة ، فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثاني عن ابنتين ، فمات أحد الابنتين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابن عمه الحى ، فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه . والثالث ، أن يكون لأهل [٢٢٥/٥] بطنه من أهل الوقف ، فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه . فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين ، وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور ، وترك الرابع ، فمات أحد الثلاثة عن غير ولد ، لم يكن للرابع فيه شئ ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق ، أشبه ابن عمهم .

فصل : وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده ، وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف ، فهو على ما شرط . وكذلك إن كان بنون وبنات ، فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف . فهو على ما قال . وإن قال : على أولادى ، على أن يصرف إلى البنات منه ألف ، والباقي للبنين . لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفى البنات الألف ؛ لأنه جعل للبنات مسمى ، وجعل للبنين الفاضل عنه ، والحكم فيه على ما قال ؛ لأنه جعل للبنات كذوى الفروض ، وجعل للبنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوى الفروض .

فى « الكافى » : لو اختلف أزبأب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ، فإن لم يكن ، تساوا فيه ؛ لأن الشراكة ثبتت ، ولم يثبت التفضيل ، فوجب التسوية ، كما لو

فصل : فإن كان له ثلاثة بنين^(١) ، فقال : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فَلَانٍ وفُلَانٍ ، وعلى وَلَدٍ وَلَدِي . كان الوقف على الابنتين المسميتين ، وعلى أولادهما ، وأولاد الثالث ، ولا شيء للثالث . وقال القاضي : يَدْخُلُ الثالثُ في الوقف . وذكر أن أحمد قال في رجل قال : وَقَفْتُ هَذِهِ الصَّيْعَةَ عَلَى وَلَدِي فَلَانٍ وفُلَانٍ ، وعلى وَلَدٍ وَلَدِي . وله وَلَدٌ غَيْرُ هَؤُلَاءِ ، قال : يَشْتَرِكُونَ فِي الْوَقْفِ . واحتج القاضي بأن قوله : وَلَدِي . يَسْتَعْرِقُ الْجِنْسَ ، فيعم^(٢) الجميع ، وقوله : فَلَانٍ وفُلَانٍ . تأكيد لبعضهم ، ولا يُوجِبُ إخراج بقيتهم ، كالعطف في قوله : ﴿ مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾^(٣) . ولنا ، أنه أبْدَلَ بعضَ الولدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَنَاوِلِ لِلْجَمِيعِ ، فاخْتَصَّ بِالْبَعْضِ الْمُبْدَلِ ، كما لو قال : عَلَى وَلَدِي فَلَانٍ . وذلك لِأَنَّهُ بَدَّلَ الْبَعْضَ يُوجِبُ اخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كقول الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ آسَظَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٤) . لِمَا خَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذِّكْرِ ، اخْتَصَّ الْوَجُوبُ بِهِ . ولو قال : ضَرَبْتُ زَيْدًا

شَرَكُ بَيْنَهُمْ بَلْفِظِهِ . انتهى . وقال الحارثي : إِنْ تَعَذَّرَ الْوَقُوفُ عَلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ ، وَامْكَنَ الثَّانِسُ بِتَصَرُّفٍ مِّنْ تَقَدُّمٍ مِّمَّنْ يُوقِفُ بِهِ ، رُجِعَ إِلَيْهِ ، لِأَنَّهُ أَرَجَحُ مِمَّا عَدَاهُ ، وَالظَّاهِرُ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ ، وَوُقُوعُهُ عَلَى الْوَقْفِ . وَإِنْ تَعَذَّرَ ، وَكَانَ الْوَقْفُ عَلَى عِمَارَةٍ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : فيعلم .

(٣) سورة البقرة ٩٨ .

(٤) سورة آل عمران ٩٧ .

رَأْسَهُ. أَوْ: رَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ. اخْتَصَّ الضَّرْبُ بِالرَّأْسِ، وَالرُّؤْيَةُ بِالْوَجْهِ. وَمِنْهُ قَوْلُ الْقَائِلِ: طَرَحْتُ الثِّيَابَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ. فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ [٢٢٥/٥ ط] بِالْبَعْضِ. مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ. كَذَا هُنَا. وَفَارَقَ الْعَطْفَ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَقْتَضِي تَأْكِيدَهُ، لَا تَخْصِيصَهُ. وَكَلَامُ أَحْمَدَ: هُمْ شُرَكَاءُ. يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ، أَيْ يَشْتَرِكُ أَوْلَادُ الْمُؤَقَّفِ عَلَيْهِمَا وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمَا؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِ عَلَيْهِ؛ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ: عَلَى وَلَدِي فَلَانٍ وَفُلَانٍ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ. خُرَجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا. قَالَ شَيْخُنَا^(١): وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِهِ؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ: وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي وَلَدِي. يَتَنَاوَلُ نَسْلَهُ وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهَا.

فصل: وَمَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ أَوْلَادِ غَيْرِهِ، وَلَهُ حَمْلٌ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا قَبْلَ انفصالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا قَبْلَ انفصالِهِ. وَقَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، فِي مَنْ وَقَفَ نَحْلًا عَلَى قَوْمٍ وَمَا تَوَالَدُوا، ثُمَّ

أَوْ إِصْلَاحٍ، صُرِفَ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى قَوْمٍ، وَثُمَّ عُرِفَ فِي مَقَادِيرِ الصَّرْفِ، كَفَقْهَاءِ الْمَدَارِسِ، رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ وَقُوعُ الشَّرْطِ عَلَى وَفْقِهِ. وَأَيْضًا فَلَا ضُلَّ عَدَمُ تَقْيِيدِ الْوَاقِفِ، فَيَكُونُ مُطْلَقًا، وَالْمُطْلَقُ مِنْهُ يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْعُرْفِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ، سُوِّىَ بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّ التَّشْرِيكَ ثَابِتٌ، وَالتَّفْضِيلُ

(١) فِي: الْمَعْنَى ٢٠١/٨.

وُلِدَ مَوْلُودٌ : فَإِنْ كَانَتْ التَّخْلُ قَدْ أُبْرَتْ ، فَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ لِلأَوَّلِ ،
وإن لم تَكُنْ قَدْ أُبْرَتْ ، فَهُوَ مَعَهُمْ . وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ تَتَّبِعُ
الأَصْلَ فِي الْبَيْعِ ، وَهَذَا الْمَوْجُودُ يَسْتَحِقُّ نَصِيبَهُ مِنَ الْأَصْلِ ، فَتَبَعُهُ حِصَّتُهُ
مِنَ الثَّمَرَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ذَلِكَ النَّصِيبَ مِنَ الْأَصْلِ ، وَبَعْدَ التَّأْيِيرِ لَا تَتَّبِعُ
الأَصْلَ ، وَيَسْتَحِقُّهَا مَنْ كَانَ لَهُ الْأَصْلُ ، فَكَانَتْ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَانَ
كُلَّهُ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ ثَمَرَتَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ هَذَا النَّصِيبَ مِنْهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْمَوْلُودُ
مِنْهَا شَيْئًا ، كَالْمُشْتَرَى . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الثَّمَرِ الظَّاهِرِ عَلَى الشَّجَرِ ،
لَا يَسْتَحِقُّ الْمَوْلُودُ مِنْهُ شَيْئًا ، وَيَسْتَحِقُّ مِمَّا ظَهَرَ بَعْدَ وَلاَدَتِهِ . وَإِنْ كَانَ
الْوَقْفُ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يَسْتَحِقُّهُ الْبَائِعُ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ
الْمُشْتَرَى ، فَلِلْمَوْلُودِ حِصَّتُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلُودَ يَتَجَدَّدُ اسْتِحْقَاقُهُ لِلأَصْلِ
كَتَجَدُّدِ مِلْكِ الْمُشْتَرَى فِيهِ .

لم يَبُيْتُ . انْتَهَى . وَقَالَ : وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ نَحْوَهُ [٢٤٩/٢ ط] . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ
الدِّينِ ، أَنَّهُ يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ
فِي « شَرْحِهِ » : إِذَا ضَاعَ كِتَابُ الْوَقْفِ وَشَرْطُهُ ، وَاخْتَلَفُوا فِي التَّفْضِيلِ وَعَدَمِهِ ،
اِحْتَمَلَ أَنْ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّفْضِيلِ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُفْضَلَ بَيْنَهُمْ ؛
لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ يَجْعَلُهُ عَلَى حَسَبِ إِرْثِهِمْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانُوا أَجَانِبَ ، قَدَّمَ قَوْلَ مَنْ يَدْعِي
التَّسْوِيَةَ وَيُنْكِرُ التَّفَاوُتَ . انْتَهَى .

تنبيه : يَأْتِي فِي بَابِ الْهَبَةِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، هَلْ تَجُوزُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَوْلَادِ ،
أَمْ لَا ؟ وَهَلْ تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ ، أَمْ الْمُسْتَحَبُّ أَنْ تَكُونَ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ ؟

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ
الْبَيْنِ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِي
الْوَصِيَّةِ ، يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَهَذَا مِثْلُهُ .

٢٥٨٢ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ)
أَوْ نَسْلِهِ (دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ) بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ . وَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ ،
فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ :
مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ . فَهَذَا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعَدَّى
إِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُورًا^(١) فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ
وَلَمْ يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِهِ . وَمِمَّنْ قَالَ : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ الَّذِي
عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ؛ مَالِكٌ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ :
عَلَى ذُرِّيَّتِهِ وَنَسْلِهِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ [٢٢٦/٥] فِي الْوَصِيَّةِ ،

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ .
بِلَا نِزَاعٍ^(٢) فِي عَقِبِهِ أَوْ ذُرِّيَّتِهِ . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدَ وَلَدِهِ ، فَهَلْ يَشْمَلُ
أَوْلَادَ الْوَلَدِ الثَّانِي ، وَالثَّلَاثِ ، وَهَلُمَّ جَرًّا ؟ تَقَدَّمَ عَنِ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفِ ،
وَالشَّارِحِ ، وَغَيْرِهِمْ ، أَنَّهُ لَا يَشْمَلُ غَيْرَ الْمَذْكُورِينَ .

وَقَوْلُهُ : وَنُقِلَ عَنْهُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِ وَلَدِهِ ، أَوْ
قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي وَإِنْ سَقَلُوا . فَتَصُّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، أَنَّ أَوْلَادَ
الْبَنَاتِ لَا يَدْخُلُونَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي م : مَقْصُودًا ؛ .

(٢) (٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ : ١ .

المقنع وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ .

الشرح الكبير وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَهَذَا مِثْلُهُ (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ) يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبْنَى يُوسُفُ ؛ لِأَنَّ الْبَنَاتِ أَوْلَادُهُ ، فَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ حَقِيقَةً ، فَيَجِبُ أَنْ يَدْخُلُوا فِي اللَّفْظِ ؛ لِتَنَاوُلِهِ لَهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ ^(١) . وَهُوَ وَلَدُ بَنْتِهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ إِبْرَاهِيمَ وَعِيسَى وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَءِيلَ ﴾ ^(٢) . وَعِيسَى مَعَهُمْ ، وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلِيلُ آبْنَائِكُمْ ﴾ ^(٣) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَالُ آبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ ابْنِي هَذَا

الإنصاف وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَإِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ وَلَدِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْوَقْفِ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِهِ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : مَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَهُوَ أَشْهُرُ الرُّوَايَاتِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « التَّلْقِينِ » ، وَ « الْجَامِعِ » ، وَالشَّيْخُ إِبْرَاهِيمُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ الصَّغِيرِ » . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَشْمَلْ وَلَدُ بَنَاتِهِ إِلَّا بِقَرْبَةٍ .

(١) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) سورة مريم ٥٨ .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

سَيِّدٌ»^(١). وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(٢) . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ وَقَدْ صَارَ وَاقِعِيَّةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ :

بُنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

اخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«التَّلْخِصِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» . وَصَحَّحَهُ فِي «تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ» . قَالَ فِي «الْفَائِقِ» : اخْتَارَهُ الْخَرْقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيْخَانُ - يَعْنِي بِهِمَا الْمُصَنِّفَ ، وَالشَّيْخَ تَقِيُّ الدِّينِ - وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، يَدْخُلُونَ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَهَذَا مِثْلُهُ . قُلْتُ : بَلْ هِيَ هُنَا رَوَايَةٌ مَنْصُوصَةٌ مِنْ رَوَايَةِ حَرْبٍ . قَالَ فِي «الْقَوَاعِدِ» : وَمَالَ إِلَيْهِ صَاحِبُ «الْمُعْنَى» . وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّيْخِ الرَّازِيِّ . قَالَ الشَّارِحُ : الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ، أَصَحُّ ، وَأَقْوَى دَلِيلًا . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، فِي الْوَصِيَّةِ ، وَصَاحِبُ «الْفَائِقِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «مُتَنَخَبِ الْأَدَمِيِّ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَغَيْرِهِمْ : وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسَّاسٍ فِي «تَذَكُّرَتِهِ» . وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ» . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصَلْبِي . فَلَا يَدْخُلُونَ . وَهِيَ

(١) تقدم تخريجه في ٢٨٨/٧ .

(٢) سورة النساء ١١ .

وقولهم : إنهم أولاد أولاده حقيقة . قلنا : « إنهم لا » يتنسبون إلى الواقف عرفاً ، وكذلك لو قال : أولاد أولادى المتنسبين إلى . لم يَدْخُلُوا في الوقف . ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ، ولا يتنسب إلى أبيها . وأما عيسى عليه السلام ، فلم يكن له نسب يتنسب إليه ، فنسب إلى أمه ^(١) . وقول النبي ﷺ للحسن : « إن ابني هذا سيد » . مجاز بالاتفاق ، بذليل قول الله تعالى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ ^(٢) . والقول بأنهم يَدْخُلُونَ أصح وأقوى دليلاً ؛ لأنهم أولاد أولاده حقيقة . فأما قياسهم على ما إذا كانوا قبيلة ، فيفارق ما إذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة ؛ لأنه لو وقف على بنى فلان وهم قبيلة ، دخل فيه البنات ، بخلاف ما إذا وقف على بنى إنسان حتى أو ميت ، وليسوا قبيلة . وقياسهم على ما إذا قال : وقفت على ولد ولدى المتنسبين إلى . لا يصح ؛ لأنهم خرجوا من الوقف لكونهم لا يتنسبون . وباقي الأدلة ضعيفة جداً .

رواية ثالثة عن أحمد . قال في « المذهب » : فإن قال : لصلي . لم يَدْخُلُوا ، وجهاً واحداً . قال في « المستوعب » ، و « التلخيص » : فإن قيد فقال : لصلي . أو قال : من يتنسب إلي منهم . فلا خلاف في المذهب أنهم لا يَدْخُلُونَ . وحكي القاضي ، عن أبي بكر ، وابن حامد ، إذا قال : ولد ولدى لصلي . أنه يَدْخُلُ

(١ - ١) في م : « لأنهم » .

(٢) في م : « الله » .

(٣) سورة الأحزاب ٤٠ .

إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي فَلَا يَدْخُلُونَ .

المقتنع

الشرح الكبير

٢٥٨٣ - مسألة : فإن قال : (على وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي) أو -
الْمُنْتَسِبِينَ إِلَى . لم يَدْخُلْ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَالْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يُوجَدْ

فيه وَلَدٌ بَنَاتِهِ لَصُلْبِهِ ؛ لِأَنَّ بِنْتَ صُلْبِهِ وَلَدُهُ حَقِيقَةٌ ، بِخِلَافِ وَلَدٍ وَلَدِهَا . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَقَوْلُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ : لَصُلْبِهِ . قَدْ يُرِيدُ بِهِ وَلَدَ الْبَيْنِ ، كَمَا هُوَ الْمُرَادُ مِنْ إِبْرَادِ
الْمُصَنَّفِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ؛ فَلَا يَدْخُلُونَ ؛ جَعَلًا لَوْلَدِ الْبَيْنِ وَلَدَ الظَّهْرِ ، وَلَوْلَدِ الْبَنَاتِ
وَلَدَ الْبَطْنِ ، فَلَا يَكُونُ نَصًّا فِي الْمَسْأَلَةِ . وَقَدْ يُرِيدُ بِهِ وَلَدُ الْبِنْتِ الَّتِي تَلِيهِ ، فَيَكُونُ
نَصًّا ، وَهُوَ الظَّاهِرُ . انْتَهَى . وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ رَابِعٍ بِدُخُولِ وَلَدِ بَنَاتِهِ لَصُلْبِهِ ، ذُوْنُ
وَلَدٍ وَلَدِهِنَّ .

تنبيه : مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْخِلَافِ ، إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِهِ ، أَوْ قَالَ :
عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . وَكَذَا الْحُكْمُ ، وَالْخِلَافُ ، وَالْمَذْهَبُ إِذَا وَقَفَ عَلَى غَيْبِهِ أَوْ
ذُرِّيَّتِهِ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنَّفُ ، عِنْدَ جَمَاهِيرِ الْأَصْحَابِ . وَمِمَّنْ قَالَ بِعَدَمِ الدُّخُولِ هُنَا
أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ بَكْرٍ وَسِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ :
قَالَ مَالِكٌ بِالدُّخُولِ فِي الذَّرِّيَّةِ ذُوْنُ الْعَقَبِ ، وَبِهِ أَقُولُ . وَكَذَلِكَ الْقَاضِي فِي بَابِ
الْوَصَايَا مِنْ « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْلَعِيُّ ،
وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ قَالُوا بِعَدَمِ الدُّخُولِ فِي الْعَقَبِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ،
بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ وَلَدَ وَلَدِهِ وَغَيْبَهُ وَذُرِّيَّتَهُ : وَعَنْهُ ، يَشْمَلُهُمْ غَيْرَ وَلَدٍ وَلَدِهِ . وَقَالَ فِي
« التَّبَصُّرَةِ » : يَشْمَلُ الذَّرِّيَّةَ ، وَأَنَّ الْخِلَافَ فِي وَلَدٍ وَلَدِهِ .

تنبيهان : الْأَوَّلُ ، حَكَى الْمُصَنَّفُ هُنَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا :
يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي . وَكَذَا حَكَاهُ عَنْهُمَا
أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَكَذَا حَكَاهُ الْقَاضِي عَنْهُمَا فِيمَا حَكَاهُ صَاحِبُ

[٢٢٦/٥ ط] ما يَدُلُّ على تَعْيِينِ أَحَدِ الْأُمْرَيْنِ ، فَأَمَّا إِنْ وَجِدَ مَا يَصْرِفُ اللَّفْظَ إِلَى أَحَدِهِمَا انْصَرَفَ إِلَيْهِ . فلو قال : على أَوْلَادِي ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، على أَنَّ لَوْلَدِ الْبَنَاتِ سَهْمًا ، وَلَوْلَدِ الْبَيْنِ سَهْمَيْنِ . أو قال : فإذا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ إِلَى مَنْ قَبْلَ أَبِي أَوْ أُمِّ ، كانَ لِلْمَسَاكِينِ . أو كانَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ أَوْلَادِهِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ بَنَاتٌ ، ونَحْوُ هَذَا مِمَّا يَدُلُّ على إِرَادَةِ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْوَقْفِ ، دَخَلُوا فِي الْوَقْفِ . وإن قال : على أَوْلَادِي ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَى^(١) - أو - غيرِ ذَوِي الْأَرْحَامِ . أو نحو ذلك . لم يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وإن قال : على وَلَدِي فَلَانٍ وَفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ ، وأَوْلَادِهِمْ . دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وكذلك إِنْ قال : على أَنَّ مَنْ ماتَ مِنْهُمْ عن وَلَدٍ فَتَصَيَّبَهُ لَوْلَدِهِ . وإن قال الهاشِمِيُّ : وَقَفْتُ على أَوْلَادِي ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْهَاشِمِيِّينَ ، لم يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ مِنْ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ

« الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » . وحكى الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي فِي « الرُّوَايَتَيْنِ » ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، وَابْنَ حَامِدٍ ، اخْتَارَا دُخُولَهُمْ مُطْلَقًا ، كَالرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ [٢٥٠/٢] . وقال ابنُ الْبَنَّا فِي « الْخِصَالِ » : اخْتَارَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ ، يَدْخُلُونَ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : على وَلَدِي وَلَدِي لَصُلْبِي . قال الزُّرْكَشِيُّ : وكذا فِي « الْمُعْنَى » الْقَدِيمِ فِيمَا أَظُنُّ . الثَّانِي ، مَحَلُّ الْخِلَافِ ، مع عَدَمِ الْقَرِينَةِ . أَمَّا إِنْ كانَ معه ما يَقْتَضِي الْإِخْرَاجَ ، فلا دُخُولَ ، بِلَا خِلَافٍ . قاله الْأَصْحَابُ ؛ كَقَوْلِهِ : على أَوْلَادِي ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَيَّ . ونَحْوُ ذَلِكَ . وكذا إِنْ كانَ فِي اللَّفْظِ ما يَقْتَضِي الدُّخُولَ ، فَإِنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ،

(١) سقط من : م .

مَنْ كَانَ غَيْرَ هَاشِمِيٍّ . فَأَمَّا مَنْ كَانَ هَاشِمِيًّا مِنْ غَيْرِ أَوْلَادِ بَنِيهِ ، فَهَلْ يَدْخُلُونَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ^(١) ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِمُ الصِّفَتَانِ جَمِيعًا ، كَوْنُهُمْ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَكَوْنُهُمْ هَاشِمِيِّينَ . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي مُطْلَقِ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو لَمْ يَقُلْ : الْهَاشِمِيِّينَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، مِمَّنْ يُنْسَبُ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ .

بَلَا خِلَافٍ . قَالَه الْأَصْحَابُ ؛ كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لَوْلَدِ الْإِنَاثِ سَهْمًا ، وَلَوْلَدِ الذُّكُورِ سَهْمَيْنِ . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ؛ فَلَانٍ ، وَفُلَانٍ ، وَفُلَانَةٍ ، وَأَوْلَادِهِمْ ، وَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ إِلَى مَنْ قَبْلَ أَبِي أَوْ أُمِّ ، فَلِلْمَسَاكِينِ . أَوْ : عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ فَتَصِيَّهُ لَوْلَدِهِ . وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ مِنْ أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى الثَّانِي ، وَالثَّلَاثِ ، وَأَوْلَادِهِمْ . وَالْبَطْنُ الْأَوَّلُ بَنَاتٌ ، فَكَذَلِكَ يَدْخُلُونَ ، بَلَا خِلَافٍ .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، لَفْظُ : النَّسْلُ ، كَلْفَظٍ : الْعَقِبِ ، وَالذَّرِيَّةُ فِي إِفَادَةِ وَلَدِ الْوَلَدِ ؛ قَرِيبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ . وَكَذَا دُخُولُ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَعَدَمُهُ ، عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، كَمَا قَالَ فِي الْعَقِبِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ السَّامَرِيِّ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ خِلَافَهُ ، أَوْزَدَهُ فِي الْوَصَايَا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : عَلَى بَنِي بَنِيٍّ . أَوْ : بَنِي بَنِي فَلَانٍ . فَكَأَوْلَادِ أَوْلَادِي . وَأَوْلَادِ أَوْلَادِ فَلَانٍ . وَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ ، فَقَالَ الْحَارِثِيُّ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ هُنَا ، أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا .

(١) فِي م : أَوْلَاهُمَا .

فصل : والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم ، للذكر مثل حظ الأنثيين . وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والأنثى ؛ لأن القصد القرابة على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة . ولنا ، أنه إيصال للمال إليهم ، فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث ، كالعطية ، ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى ؛ لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ، ويكون له الولد ، فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده ، والمرأة تنفق عليها زوجها ، ولا تلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى

الثالثة ، الحفيد يقع على ولد الابن والبنت ، وكذلك السبط ؛ ولد الابن والبنت . الرابعة ، لو قال الهاشمي : على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين . لم يدخل من أولاد بنته من ليس هاشمياً ، والهاشمي منهم في دخوله وجهان . ذكرهما المصنف وغيره ، وبناهما القاضي على الخلاف في أصل المسألة ، ثم قال المصنف : أولاهما الدخول . معللاً بوجود الشرطين ؛ وصف كونه من أولاد أولاده ، ووصف كونه هاشمياً . والوجه الثاني ، عدم الدخول . وأطلقهما الحارثي ، وصاحب « الفائق » . قال الحارثي : ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي المتتبعين إلى قبيلتي . فكذلك . الخامسة ، تجدد حق الحمل بوضعه ؛ من ثمر وزرع ، كمشتتر . نقله المروذي . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الحارثي » ، وقال : ذكره الأصحاب في الأولاد . وقدمه في « الفروع » . ونقل جعفر ، يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ، ومن نخل لم يؤبر ، فإن بلغ الزرع الحصاد ، أو أبر النخل ، لم يستحق منه شيء . وقطع به في « المبهر » ،

الشرح الكبير

في الميراث على وفقِ هذا المعنى ، فيصحُّ تعليله به ، ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلات . وما ذكره القاضى لا أصل له ، وهو مُلغى بالميراث والعطية . وإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى ، أو فضّلها عليه ، أو فضّل بعض البنين أو بعض البنات على بعض ، أو خصَّ بعضهم بالوقف دون بعض ، فقال أحمد ، في رواية [٢٢٧/٥] محمد بن الحَكَم : إن كان على طريق الأثرة ، فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة . يعنى فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خصَّ المردودة من بناته دون المستغنية منهنَّ بصدقته^(١) . وعلى قياس قول أحمد ، لو خصَّ المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه ، تحريراً لهم على " طلب العلم " ، أو ذا الدين دون الفساق ، أو المريض ، أو من له فضيلة من أجل فضيلته ، فلا بأس . وقد دلَّ على ذلك أن أبا بكر ، رضى الله عنه ، نحل عائشة جذاذَ عشرين وسقاً دون سائر ولده^(٢) . وحديث عمر ، أنه كتب :

و « القوا عبد » ، وقال : وكذلك الأصحاب صرّحوا بالفرق بين المؤبر وغيره هنا ؛ منهم ابن أبي موسى ، والقاضى ، وأصحابه ؛ معللين بتبعية غير المؤبر في التقدير ، فكذا في الاستحقاق . وقال في « المستوعب » : يُستحقُّ قبل حصاده . وقال الشيخ تقي الدين : الثمرة للموجود عند التأبير أو بُدُو الصلاح . قال في « الفروع » : ويشبه الحمل ، إن قديم إلى ثغر موقوف عليه ، أو خرج منه إلى بلد

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٤٤٢ .

(٢) ٢-٢ : م : « طلبه » .

(٣) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٢/٢ .

بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ،
 إن حدث به حدث ، أن تمعنا و " صرمة بن الأكوع " (١) و " العبد الذي
 فيه ، والمائة سهم التي بخير ، و رقيقه الذي فيه ، الذي أطعمه محمد ﷺ
 بالواد ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، أن لا يباع
 ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحرور وذوي القرى ،
 لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه . رواه أبو
 داود (٢) . فيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوانها وأخواتها .

الشرح الكبير

موقوف عليه فيه . نقله يعقوب . وقياسه ، من نزل في مدرسة ونحوه . وقال ابن
 عبد القوي : ولقائل أن يقول : ليس كذلك ؛ لأن واقف المدرسة ونحوها جعل
 ريع الوقف في السنة (٣) ، كالجعل على اشتغال من هو في المدرسة عاماً ، فينبغي
 أن يستحق بقدر عمله من السنة من ريع الوقف في السنة ؛ لئلا يفضى إلى أن يحضر
 الإنسان شهراً ، مثلاً ، فيأخذ مغل جميع الوقف ، ويحضر غيره باقى السنة بعد
 ظهور الثمرة (٤) ، فلا يستحق شيئاً . وهذا ياباه مقتضى الوقف ومقاصدها .
 انتهى . قال الشيخ تقي الدين : يستحق بحصته من مغل . وقال : من جعله
 كالولد ، فقد أخطأ .

الإنصاف

- (١ - ١) صرمة بن الأكوع : مال كان لعمر بن الخطاب في المدينة وقفه . والصرمة هي القطعة الخفيفة من
 النخل . وقيل من الإبل . (النهاية لابن الأثير ٢٦/٣) .
 (٢) سقط من : م .
 (٣) تقدم ترجمته في صفحة ٤٠٠ .
 (٤) في ط : المدرسة .
 (٥) في النسخ : العشرة .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَيْتِهِ ، أَوْ بَنَى فُلَانٍ [١٥٥] فَهُوَ لِلذَّكُورِ خَاصَّةٌ ، المنع

٢٥٨٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَيْتِهِ ، أَوْ بَنَى فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكُورِ خَاصَّةٌ) دُونَ الْإِنَاثِ وَالْخَنَائِي عِنْدَ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : هُوَ لِلذَّكْرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى بَيْتِ فُلَانٍ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : إِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ ، وَإِنْ كُنْ إِنَاثًا لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى اجْتَمَعَ الذَّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، وَدَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ ، كَلَفَظِ الْمُسْلِمِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَ الْبَيْنِ يَخْتَصُّ الذَّكُورَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَمْ آتَاكَ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ أَنْ يَخْلُقَ مَا يَشَاءُ وَرَأْسُكُمْ بِالْبَيْنِ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَلَمْ آتِ الْبَنُونَ زِينَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ ^(٤) . وَقَدْ أَخْبَرَ أَنَّهُمْ لَا يَشْتَهُونَ الْبَنَاتِ ، فَقَالَ : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَنَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ ﴾ ^(٥) . وَإِنَّمَا دَخَلُوا فِي الْأَسْمِ إِذَا صَارُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَيْتِهِ ، أَوْ بَنَى فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكُورِ خَاصَّةٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ . إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، وَقَالَ ذَلِكَ ، الإنصاف

(١) سورة الصافات ١٥٣ .

(٢) سورة الزخرف ١٦ .

(٣) سورة آل عمران ١٤ .

(٤) سورة الكهف ٤٦ .

(٥) سورة النحل ٥٧ .

إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ .

الاسم نُقِلَ فيهم عن الْحَقِيقَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، ولهذا تقولُ المرأةُ : أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ . [٢٢٧/٥ ط] إِذَا انْتَسَبْتَ إِلَى الْقَبِيلَةِ ، وَلَا تقولُ ذلك إِذَا انْتَسَبْتَ إِلَى أَبِيهَا . فَأَمَّا إِنْ وَقَفَ عَلَى بَنَاتِهِ ، أَوْ وَصَّى لَهُنَّ ، دَخَلَ فِيهِ الْبَنَاتُ دُونَ غَيْرِهِنَّ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الْخُنْتُ الْمُسْكِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُهُ أَنْثَى . لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا .

٢٥٨٥ - مسألة : (إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ) أَمَّا إِذَا وَقَفَ عَلَى بَنِي فُلَانٍ ، أَوْ وَلَدِ فُلَانٍ ، وَهَمَّ قَبِيلَةً ، كَبْنِي هَاشِمٍ ، وَتَمِيمٍ ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْتُ ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْقَبِيلَةِ يَشْتَمِلُ ذَكَرَهَا وَأُنْثَاهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ ^(١) . ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ ^(٢) يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَرَوَى أَنَّ جَوَارِيَ بَنِي النَّجَّارِ قُلْنَ :

اخْتَصَّ بِهِ الذَّكَورُ ، بِإِزْوَاعٍ ، وَإِنْ كَانُوا قَبِيلَةً ، فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ دُخُولِ أَوْلَادِ النِّسَاءِ مِنْ غَيْرِهِمْ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْوَجِيز » . وَقِيلَ بِدُخُولِهِمْ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » .

(١) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٢) سورة الإسراء ٧٠ .

وَأَنَّ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ
أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَتَجَاوَزْ
بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى بَنَى هَاشِمٍ . وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ
قَبْلِ أُمِّهِ فِي حَيَاتِهِ صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَإِلَّا فَلَا .

نَحْنُ جَوَارِ مِنْ بَنَى النُّجَارِ يَا حَبْدَا مُحَمَّدٍ مِنْ جَارٍ^(١)
ويقال : امرأةٌ مِنْ بَنَى هَاشِمٍ . وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ فِيهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ
لَا يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْقَبِيلَةِ .

٢٥٨٦ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ
لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
لَمْ يُجَاوِزْ بَنَى هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا
وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، صُرِفَ الْوَقْفُ إِلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ
وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدِّ أَبِيهِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، وَلَا يَنْصَرِفُ

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ مِنْ أَوْلَادِهِ ،
وَأَوْلَادِ أَبِيهِ ، وَجَدِّهِ ، وَجَدِّ أَبِيهِ . يَعْنِي ، بِالسُّوِّيَّةِ بَيْنَ كَبِيرِهِمْ وَصَغِيرِهِمْ ،
وَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ ، وَغَنِيَّتِهِمْ وَفَقِيرِهِمْ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛
الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّرِيفِيُّ ؛ أَيْ جَعْفَرُ ،
وَالزَّيْدِيُّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : هَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ

(١) انظر : سبيل الهدى والرشاد ٣/ ٣٩٠ .

إلى مَنْ هو أَبْعَدُ مِنْهُمْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِلَّذِي الْقَرَبِيُّ ﴾ ^(١) . يَعْنِي قَرَبِي النَّبِيُّ ﷺ ، أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ أَوْلَادَهُ وَأَوْلَادَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَأَوْلَادَ هَاشِمٍ ، ذَكَرَهُمْ وَأَنَّثَاهُمْ ، وَلَمْ يُعْطِ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُمْ ، كَبْنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ شَيْئًا ، إِلَّا أَنَّهُ أُعْطِيَ بَنِي الْمُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ ، وَعَلَّلَ عَطِيَّتَهُمْ بِأَنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُوا بَنِي هَاشِمٍ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ ^(٢) . وَلَمْ يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّهِ ، وَهُمْ بَنُو زُهْرَةَ شَيْئًا ، وَلَمْ يُعْطِ مِنْهُمْ إِلَّا مُسْلِمًا . فَحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ الْوَاقِفِ عَلَى مَا حُمِلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَبِيهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ، وَذَكَرَهُمْ وَأَنَّثَاهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَشْمَلُهُمْ ، وَبَيْنَ الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ ، وَالْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْكُفَّارُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحَقِّ مِنْ قَرَبِي النَّبِيِّ ﷺ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ .

أَصْحَابِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي [٢٥٠/٢] الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَخْتَصُّ بَوْلَدِهِ وَقَرَابَةِ أَبِيهِ ، وَإِنْ عَلَا مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النُّظْمِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يُعْطَى مَنْ يَعْرِفُ بَقَرَاتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ الَّذِينَ يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَذْنَى . انْتَهَى . وَمِثَالُهُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ الْمُصَنِّفِ ؛ وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قَدَامَةَ بْنِ مِقْدَامِ بْنِ

(١) سورة الحشر ٧ .

(٢) انظر ما تقدم في ٣٠٧/٧ .

الشرح الكبير

وقد [٢٢٨/٥] نقل عبد الله، وصالح، عن أبيهما رواية أخرى، أنه يُصْرَفُ إلى قرابة أمه، إن كان يصلهم في حياته؛ كما خوته من أمه، وأخواله، وخالاته، وإن كان لا يصلهم في حياته، لم يُعْطُوا شيئاً؛ لأنَّ صلته إياهم في حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه. وعنه رواية ثالثة، أنه يُجَاوِزُ بها أربعة آباء. ذكرها ابن أبي موسى في «الإرشاد»، وهي تدلُّ على أن لفظه لا يَتَّقِيْدُ بالقيْد الذي ذكرناه. فعلى هذا، يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرَفُ بقرابته من قبل أبيه وأمِّه، الذين يَنْتَسِبُونَ إلى الأب الأذنى. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنَّهم قرابة، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الاسم، ويدخلون في عموميه. وإعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصاً لا يَمْنَعُ مِنَ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ في غير هذا الموضع. وقال أبو حنيفة: قرابته كل ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ، فيُعْطَى مِنْ أَذْنَاهُمُ اثْنَانِ فصاعداً، فإذا كان له عمٌّ وخالان، أُعْطِيَ عَمُّهُ النُّصْفَ وخالاه النُّصْفَ. هكذا روى عنه فيما إذا أَوْصَى لقرابته.

الإنصاف

نضر، فالمُسْتَحِقُّونَ هم الْمُتَنَسِّبُونَ إلى قُدَامَةِ؛ لأنَّه الأب الذي اشْتَهَرَ انْتِسَابُ الْمُصَنِّفِ إليه. وقال في «الهداية»: مثل أن يكون من وَلَدِ الْمَهْدِيِّ، فيُعْطَى كُلُّ مَنْ يَنْتَسِبُ إلى الْمَهْدِيِّ. ومثل في «المذهب» بما إذا كان من وَلَدِ الْمُتَوَكِّلِ. ومثل في «المستوعب» بما إذا كان من وَلَدِ الْعَبَّاسِ. وعنه، يَخْتَصُّ بِثَلَاثَةِ آبَاءٍ فقط. فعليها، لا يُعْطَى الْوَلَدُ شيئاً. قال القاضي: أولاد الرُّجُلِ لا يدخلون في اسمِ الْقَرَابَةِ. قال الْمُصَنِّفُ وغيره: وليس بشيء. وعنه، يَخْتَصُّ مِنْهُمْ مَنْ يَصِلُهُ. نقله ابن هانئ وغيره. وصححه القاضي، وجماعته. ونقل صالح، إن وصل أغنياءهم أُعْطُوا، وإلا فالْفُقَرَاءُ أَوْلَى. وأخذ منه الحارثي عدم دخولهم في كل لفظٍ

وقال قتادة : للأعمام الثلثان ، وللأخوال الثلث . وهو قول الحسن .
قال : ويُزاد الأقرب بعض الزيادة . وقال مالك : يُقسَّم على الأقرب
فالأقرب بالاجتهاد . ولنا ، أنَّ هذا له عُرف في الشرع ، وهو ما ذكرناه ،
فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللعوي ، كالوضوء والصلاة
والصوم والحج ، ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم ، فإنَّ اسم
القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً ، وقد يحرم على الرجل ربيته وأمّهات

عام . واختار أبو محمد الجوزي أنَّ القرابة مختصة بقرابة أبيه إلى أربعة آباء . قال
الزركشي : وشذَّ ابن الزاغوني في « وجيزه » بأنَّ أعطى أربعة آباء الواقف ، فأدخل
جدَّ الجد ، فعلى هذا ، لا يدفع إلى الولد . قال : وهو مخالف لأصحاب . انتهى .
قلت : نقل صالح ، القرابة ؛ تُعطى أربعة آباء . وقد قال في « الخلاصة » : وإنَّ
وصى لأقاربه ، دخل في الوصية الأب والجد وأبو الجد ، وجدَّ الجد ، وأولادهم .
قال في « الرعاية » : لو وقف على قرابته ، شمل أولاده ، وأولاد أبيه ، وجدَّه ،
 وجدَّ أبيه . وعنه ، وجدَّ جدَّه . فكلام الزركشي فيه شيء ؛ وهو أنَّه شذَّ من قال
ذلك ، وقد نقله صالح عن أحمد ، وحكم على القول بذلك ، بأنَّ لا يدفع إلى الولد
شيء . وليس ذلك في كلام ابن الزاغوني ، بل المصريح به في كلام من قال بقوله
خلاف ذلك ، وهو صاحب « الخلاصة » ، وظاهر الرواية التي في « الرعاية » .
وقيل : قرابته كآله . على ما يأتي . وعنه ، إنَّ كان يصل قرابته من قبل أمه في حياته ،
صُرف إليه ، وإلا فلا . قال الحارثي : وهذه عنه أشهر . واختارها القاضي أبو
الحسن وغيره ، وقالوا : هي أصح . وقيل : تدخل قرابة أمه ؛ سواء كان يصلهم ،
أو لا . قال الزركشي : وكلام ابن الزاغوني في « الوجيز » يقتضي أنه رواية .

نِسَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَجَلُّ لَهُ ابْنَةُ عَمِّهِ وَخَالَهِ ، وَهُنَّ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّفْضِيلِ ^(١) لَا يَفْتَضِيهِ اللَّفْظُ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ قَرَابَةِ أُمِّهِ ، كَقَوْلِهِ : وَتُفَضَّلُ قَرَانِي مِنْ جِهَةِ أَبِي عَلَى قَرَانِي مِنْ جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا ابْنَ خَالَتِي فَلَنَا . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةٍ تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عَمِلَ بِمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ عَنْ ظَاهِرِهِ إِلَى غَيْرِهِ .

فَعَلِيَ هَذَا ، وَالَّذِي قَبْلَهُ ، يَدْخُلُ إِخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَأَوْلَادُهُمْ ، وَأَخْوَالُهُ وَخَالَاتُهُ وَأَوْلَادُهُمْ . وَهَلْ يَتَقَيَّدُ بِأَرْبَعَةِ آبَاءٍ أَيْضًا ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ . وَفِي « الْكَافِي » اِخْتِمَالٌ بِدُخُولِ كُلِّ مَنْ عُرِفَ بِقَرَابَتِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِأَرْبَعَةِ آبَاءٍ . وَنَحْوُهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْح » ، وَكَذَلِكَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّد » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ نَازِلُ الْمَفْرَدَاتِ :

مَنْ يُوصِ لِلْقَرِيبِ ، قُلْ : لَا يَدْخُلُ مِنْهُمْ سِوَى مَنْ فِي الْحَيَاةِ يَصِلُ
فَإِنْ تَكُنْ صِلَاتُهُ مُنْقَطِعَةً قَرَابَةُ الْأُمِّ إِذَنْ مُمْتَنِعَةً
وَعَمَّ الْبَاقِي مِنَ الْأَقَارِبِ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ ، وَلِأَنْوَارِ
وَفِي الْقَرِيبِ كَافَرٌ لَا يَدْخُلُ وَعَنْ أَهْلِ قَرِينَةٍ يَنْعَزِلُ
تَنْبِيهِ : الْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَيَأْتِي
فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْوَصَى لَهُ : إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبِ قَرَانِيهِ . وَالْوَقْفُ
كَذَلِكَ . فَأَنْقُلْ مَا يَأْتِي هُنَاكَ إِلَى هُنَا .

(١) فِي ر ١ : التَّفْضِيلُ .

وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَانِيهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ .

٢٥٨٧ - مسألة : (وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَانِيهِ . وقال الخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ) الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ أَهْلَ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَانِيهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ ، فَهُوَ بِمِثَابَةِ قَوْلِهِ : لِقَرَانِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُثَنِّرِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَقَالَ : [٢٢٨/٥ ط] قَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِي وَلِأَهْلِ بَيْتِي » ^(١) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى لَهُمْ عَوَضًا عَنِ الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمُ اللَّهُ تَعَالَى هُمْ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَذْكُرُكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ : قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نَسَاؤُهُ ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ

قوله : وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَانِيهِ . هذا المذهب ، نصٌّ عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَتَّبَعِ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُتَوَعِّبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَائِيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزُّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ . وَاخْتَارَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ ، أَنَّ أَهْلَ بَيْتِهِ كَقَرَانِيَةِ أَبُوبَيْهِ .

(١) تقدم تخريجُه في ٢٢٤/٧ .

عَقِيلٍ ، وَآلِ جَعْفَرٍ ، وَآلِ عَبَّاسٍ^(١) . قَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ الرَّجُلِ وَأَوْلَادُهُمْ ، كَالْأَجْدَادِ وَالْأَعْمَامِ وَأَوْلَادِهِمْ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ وَلَا أَهْلُ بَيْتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ ، فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ ، وَأُعْطُوا مِنْ سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهُمْ أَقْرَبُ أَقَارِبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقَارِبِهِ ؟ وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَوَلَدَيْهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذِيبْ عَنْهُمْ الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا »^(٢) . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ رَجُلٍ ، أَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ^(٣) ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَانِهِ . وَالْخِرْقِيُّ قَدْ عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : لَا يُجَاوِزُ بِهِ أَرْبَعَةُ آبَاءٍ^(٤) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى . فَجَعَلَ هَاشِمًا الْأَبَ الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرْقِيِّ أَنَّ أُمَّهُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ ، فَكَذَلِكَ أَقَارِبُهَا مِنْ أَوْلَادِهَا وَأَبْوَيْهَا وَإِخْوَتِهَا وَأَخَوَاتِهَا .

وَاخْتَارَ الشُّعْرَازِيُّ ، أَنَّهُ يُعْطَى مَنْ كَانَ يَصِلُهُ فِي حَيَاتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَلَوْ جَاوَزَ

(١) أخرجه الدارمي ، في : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدارمي ٤٣٢/٢ مختصراً . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٧/٤ .

(٢) أخرجه الترمذي ، في : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ٢٤٩/١٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٣) في م : وولده .

(٤) سقط من م .

٢٥٨٨ - مسألة : (وقومُه ونسباؤه كقرائته) لأن قوم الرجل قِبَلَتُهُ ، وهم نسباؤه ، قال الشاعر :

فقلتُ لها أما رَفِيقِي فَقَوْمُهُ تَمِيمٌ وأما أُسْرَتِي فِيمَانُ

وقال أبو بكر : هو بمشابة أهل بيته ؛ لأنَّ أهل بيته أقاربُه ، وأقاربُه هم قومُه ونسباؤه . وقال القاضي : إذا قال : لِرَجُلِي ، أو لأَرْحَامِي ،

أربعة آباء . ونقله صالح . وقيل : أهل بيته ، كذوى رَجِيمه . على ما يأتي في كلام المُصَنِّفِ قَرِيباً . وعنه ، أزواجه من أهل بيته ومن أهله . ذكرها الشيخ تقي الدين ، وقال : في دخولهن في آله وأهل بيته روايتان ؛ أصحُّهما دخولهن ، وأنه قولُ الشريف أبي جعفر وغيره . وتقدَّم ذلك في صفة الصلاة ، عند قوله : اللَّهُمَّ صَلِّ على محمدٍ ، وعلى آلِ محمدٍ . وقال في « الفروع » : وظاهرُ « الوسيلة » ، أن لفظَ الأهل كالتراية ، وظاهرُ « الواضح » ، أنهم نسباؤه^(١) . وذكر القاضي ، أن أولاد الرجل لا يدخلون في أهل بيته . قال المُصَنِّفُ وغيره : وليس بشيء .

فائدة : آله كأهل بيته خلافاً ومذهباً . وتقدَّم كلامُ الشيخ تقي الدين وغيره في الآل في صفة الصلاة . فليعاوِذ . وأهله من غير إضافة إلى البيت كما ضافته إليه . قاله [٢٥١/٢] المَجْدُ ، وذكر عن القاضي في دخول الزوجات هنا وجهين . واختار الحارثي الدخول ، وهو الصواب ، والسنة طافحةٌ بذلك .

قوله : وقومُه ونسباؤه كقرائته . هذا المذهب ، نصُّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وجزم به في « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهما ، وقدمه فيهما

(١) في الفروع ٦١٦/٤ : نسائه .

أَوْ لِنَسَبَائِي ، أَوْ لِمُنَاسِبِي . صُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . فَعَلِيَ هَذَا ، يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيبٍ أَوْ بِالرَّحِمِ فِي حَالِ مِنَ الْأَحْوَالِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُنَاسِبِينَ أَوَّلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعُرْفِ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ الْعَشِيرَةِ [٢٢٩/٥] الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهُ .

فصل : وَآلَهُ مِثْلُ قَرَابَتِهِ ، فَإِنْ فِي بَعْضِ أَلْفَاظِ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مَنْ آلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَبَّاسٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلِ ، فَقَلِيلَتِ الْهَاءُ هَمْزَةً ، كَمَا قَالُوا : هَرَقْتُ الْمَاءَ وَأَرْقَتُهُ . وَمُدَّتْ لَفْلاً تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ .

فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : هُمَا كَذَوِي رَجِيمٍ . وَقِيلَ : قَوْمُهُ كَقَرَابَتِهِ ، وَنُسَبَاؤُهُ كَذَوِي رَجِيمِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « مُتَتَخَبِ الْأَرْجَى » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . قَالَ فِي « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَنُسَبَاؤُهُ كَأَهْلِ بَيْتِهِ وَقَوْمِهِ . وَقَدَّمَ أَنَّ قَوْمَهُ كَقَرَابَتِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُمَا كَأَهْلِ بَيْتِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْهَدَايَةِ » . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ مَا حَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : وَذَكَرَ أَبُو

(١) فِي : الْمَغْنَى ٥٣٥/٨ .

٢٥٨٩ - مسألة : (والعترة هم العشيرة) الأذنون في عُرْفِ الناس ، وَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ وَإِنْ سَفَلُوا ، (و بذلك)^(١) فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ^(٢) . وَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ ثَعْلَبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِتْرَةُ الْأَوْلَادُ وَالْأَوْلَادُ الْأَوْلَادُ . وَلَمْ يُدْخِلَا فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهُرُ فِي عُرْفِ النَّاسِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مُحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : نَحْنُ عِتْرَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَيُصْنِتُهُ الَّتِي تَفَقَّاتُ عَنْهُ . فَلَمْ يَنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهُمْ أَهْلُ اللِّسَانِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ .

بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » أَنَّهُ إِذَا قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أَوْ قَوْمِي . فَهُوَ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْسِبَائِي . فَمِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ . انْتَهَى . وَيَأْتِي كَلَامُ الْقَاضِي فِي الْأَنْسِبَاءِ عِنْدَ الْكَلَامِ عَلَى ذِي الرِّجَمِ . وَاخْتَارَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ ، أَنَّ قَوْمَهُ كَفَرَاتُهُ أَبَوَيْهِ . وَقَالَ ابْنُ الْجَوَزِيِّ : الْقَوْمُ لِلرِّجَالِ دُونَ النِّسَاءِ ، وَفَاقًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ ﴾^(٣) .

قوله : والعترة ؛ هم العشيرة . هذا المذهب . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِلُ . وَقَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَالشَّارِحُ : الْعِتْرَةُ ؛ الْعَشِيرَةُ الْأَذْنُونُ فِي عُرْفِ النَّاسِ ، وَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَإِنْ سَفَلُوا .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) انظر : غريب الحديث ١/٢٣٠ .

(٣) سورة الحجرات ١١ .

وَذَوُو رَحِمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ .

الشرح الكبير

٢٥٩٠ - مسألة : (وَذَوُو رَحِمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ) قال القاضي : يَنْصَرَفُ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْقَوْمِ وَالنِّسْبَاءِ .

الإنصاف

وصحَّحاه . قال في « الوجيز » : الْعِتْرَةُ تَخْتَصُّ الْعَشِيرَةَ وَالْوَلَدَ . وقيل : الْعِتْرَةُ ؛ الذَّرِيَّةُ . وقدمه في « النظم » . واختاره المجدد . وقيل : هي الْعَشِيرَةُ الْأَذْنُونُ . وقيل : وَلَدُهُ . وقيل : وَلَدُهُ وَوَلَدُ وَلَدِهِ . وقيل : ذَوُو قَرَابَتِهِ . اختاره ابن أبي موسى . قال في « الهداية » : إِذَا أَوْصَى لِعِتْرَتِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ فِي ذَلِكَ عَشِيرَتُهُ وَأَوْلَادُهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ مَنْ كَانَ مِنْ وَلَدِهِ .

فائدة : الْعَشِيرَةُ ؛ هي الْقَبِيلَةُ . قاله الجوهري^(١) . وقال القاضي عياض : هي أَهْلُهُ الْأَذْنُونُ ؛ وهم بنو أبيه .

قوله : وَذَوُو رَحِمِهِ ؛ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ . هذا المذهب . جزم به في « الشرح » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، وغيرهم . قال في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » : وهم قرابته لأبويه وولده . وقال في « الفروع » ، و « الرعاية الكبرى » : هم قرابة أبويه ، أو ولده ، بزيادة « ألقب » . وقال القاضي : إذا قال : لرحمى . أو لأرحامى . أو لنسبائى . أو لمناسبى . صُرفَ إلى قرابته من قبل أبيه وأمه ، ويتعدى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . قال الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فعلى هذا ، يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ ، أَوْ تَعْصِيبٍ ،

(١) في : الصحاح ٧٤٧/٢ .

وَالْأَيَامَى وَالْعُرَابُ ، مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَيَحْتَمِلُ

الشرح الكبير

٢٥٩١ - مسألة : (وَالْأَيَامَى وَالْعُرَابُ ، مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ اسْمُ الْأَيَامَى النِّسَاءَ اللَّائِي لَا أَزْوَاجَ لَهُنَّ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾^(٢) . وَفِي الْحَدِيثِ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيْمِ »^(٣) . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ : آمَتُ حَفْصَةَ بِنْتُ عُمَرَ مِنْ زَوْجِهَا ، وَآمَ عَثْمَانُ مِنْ رُقِيَّةَ .

قال الشاعر^(٤) :

فَإِنْ تَنَكَّحْنِي أَنْكِحْ وَإِنْ تَتَأَيَّمِي وَإِنْ كُنْتُ أَفْتَى مِنْكُمْ أَتَأَيَّمُ^(٥)

الإنصاف

أَوْ بِالرَّحِمِ ، فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، يَخْتَصُّ مَنْ يَصِلُهُ مِنْ أَهْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَلَوْ جَاوَزَ أَرْبَعَةَ آبَاءِ .

قوله : وَالْأَيَامَى وَالْعُرَابُ ؛ مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الشَّارِحُ : ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَامَى بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُرَابُ بِالرِّجَالِ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا أَوَّلَى . وَاخْتَارَهُ فِي « الْمَعْنَى » . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : وَالْأَيَامَى ؛ النِّسَاءُ الْبُلُغُ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » : الصَّغِيرُ

(١) فِي : الْمَعْنَى ٥٣/٨ .

(٢) سُورَةُ النُّورِ ٣٢ .

(٣) انْظُرْ : الْهَيْبَةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ١٦١/١ .

(٤) الْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ وَالتَّاجِ (أ ي م) .

(٥) عَجَزَ الْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ : « يَدَا الدَّهْرِ مَا لَمْ تَنَكَّحْنِي أَتَأَيَّمُ » . وَفِي التَّاجِ : « أَبَدَ الدَّهْرِ » .

أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَامَى بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَّابُ بِالرِّجَالِ . فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ، ^{المفنع} فَهِنَّ النِّسَاءَ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ . وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

الشرح الكبير

وقول شيخنا أولى ؛ لأنَّ العُرفَ يَخْتَصُّ النِّسَاءَ بهذا الاسم ، والحُكْمُ ^{للاسم} العُرفيُّ . ولأنَّ قولَ النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيْمِ » .
 إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ النِّسَاءَ . وَأَمَّا الْعُزَّابُ فَهَمُ الَّذِينَ لَا أَزْوَاجَ لَهُمْ مِنَ الرِّجَالِ
 وَالنِّسَاءِ ، يُقَالُ : رَجُلٌ عَزَبَ ، وَامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . قَالَ ثَعْلَبٌ . وَإِنَّمَا سُمِّيَ
 عَزَبًا لِأَنفِرَادِهِ (وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَامَى بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَّابُ بِالرِّجَالِ)
 وَلِذَلِكَ يُقَالُ : امْرَأَةٌ أَيْمٌ . بغيرِ هاءٍ ، وَلَا يُقَالُ : أَيْمَةٌ . وَلَوْ كَانَ
 [٢٢٩/٥ ط] الرَّجُلُ مُشَارِكًا لَهَا لَقِيلَ : أَيْمٌ وَأَيْمَةٌ . مِثْلَ : قَائِمٌ وَقَائِمَةٌ .
 وَلِأَنَّ الْعُرفَ أَنَّ الْعَزَبَ يَخْتَصُّ بِالرَّجُلِ .

٢٥٩٢ - مسألة : (فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ، فَهِنَّ النِّسَاءَ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ
 أَزْوَاجَهُنَّ) بِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ حَرْبٍ ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْ

الإنصاف

لَا يُسَمَّى أَيْمًا عُرْفًا ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ صِفَةٌ لِلْبَالِغِ ^(١) .

قوله : فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ؛ فَهِنَّ النِّسَاءَ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ . هذا المذهب . جَزَمَ
 بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
 وَ « الْفَاتِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ :
 فِي اللَّغَةِ ؛ رَجُلٌ أَرْمَلٌ ، وَامْرَأَةٌ أَرْمَلَةٌ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّلْغِيهِ » : الصَّغِيرَةُ لَا
 تُسَمَّى أَرْمَلَةً عُرْفًا ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ صِفَةٌ لِلْبَالِغِ ، كَمَا قَالَ فِي الْأَيْمِ .

(١) سقط من : الأصل .

رَجُلٍ وَصَّى لِأَرَامِلَ بَنَى فُلَانٍ . فقال : قد اختلفَ الناسُ فيها ، فقال قومٌ :
للرجالِ والنِّسَاءِ ، والذي يُعرَفُ مِن كلامِ الناسِ أنَّ الأَرَامِلَ النِّسَاءُ . وقال
الشَّعْبِيُّ ، وإسحاقُ : هو للرجالِ والنِّسَاءِ . وأنشدَ :
هَـذِي الأَرَامِلُ قد قَضَيْتَ حاجَتَها فَمَنْ لِحاجةِ هذا الأَرَمِلِ الذَّكَرُ^(١)
وقال آخرُ^(٢) :

أَحِبُّ أَنْ أَصْطَادَ^(٣) ضَبًّا سَحْبَلًا رَعَى الرِّيعَ والشَّيْءَ أَرَمَلًا

فالتَّانِ ؛ إحداهما البِكْرُ ، والثَّيْبُ ، والعائِسُ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأنثى . وكذا
إخوته وعمومته يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأنثى . وقال في « الفروع » : ويتَّوَجَّهُ وجهه ،
وتناوَله ليعيد ، كَوَلَدَ وَلَدٌ . قال ابنُ الجَوْزِيِّ : يُقالُ في اللَّعَةِ : رَجُلٌ أَيْمٌ ، وامرأةٌ
أَيْمٌ ، ورَجُلٌ بَكْرٌ ، وامرأةٌ بَكْرٌ ، إذا لم يتزوَّجا . ورَجُلٌ ثَيْبٌ ، وامرأةٌ ثَيْبَةٌ . إذا
كانا قد تزوَّجا . انتهى . وأمَّا الثَّيْبَةُ ؛ فزوالُ البَكَارَةِ . قاله المُصَنِّفُ ، ومن تبعه ،
وأطلق . وقال ابنُ عَقِيلٍ : زوالُ البَكَارَةِ بزُوجِيَّةٍ ؛ مِن رَجُلٍ وامرأةٍ . الثانيةُ ،
الرَّهْطُ ؛ مادونُ العَشْرَةِ مِنَ الرِّجالِ خاصَّةً ، لَعَةً . وذكر ابنُ الجَوْزِيِّ أنَّ الرَّهْطَ
ما بينَ الثَّلاثَةِ والعَشْرَةِ . وكذا قال في الثَّقَرِ ؛ أَنَّهُ ما بينَ الثَّلاثَةِ والعَشْرَةِ . وتقدَّم
ذِكْرُ « الثَّقَرِ » في أوَّلِ الفَوَاتِ والإِحصاءِ ، فيما إذا وَقَفَ نَقَرٌ .

(١) البيت لجبرير ، في اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جرير .

(٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة ٢٠٥/١٥ (ر م ل) و (س ح ب ل) . والأول منه في اللسان
والتاج (ر ب ل) .

(٣) ضبًّا سَحْبَلًا : ضخما .

وَوَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَعْرُوفَ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ أَنَّهُ لِلنِّسَاءِ ، فَلَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْأَرَامِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ، فَلَا يَكُونُ جَمْعًا لِلْمَذَكَّرِ ؛ لِأَنَّ مَا يَخْتَلِفُ لَفْظُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِي وَاحِدِهِ يَخْتَلِفُ فِي جَمْعِهِ ، وَقَدْ أَنْكَرَ ابْنُ الْأَنْبَارِيِّ عَلَى قَائِلِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَخَطَأَهُ فِيهِ ، وَالشُّعْرُ الَّذِي احْتَجَّ بِهِ حُجَّةً عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ لَفْظُ الْأَرَامِلِ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، لَقَالَ : حَاجَتَهُمْ . إِذْ لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ اللِّسَانِ فِي أَنَّ اللَّفْظَ مَتَى كَانَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ ضَمِيرٌ ، غُلِبَ فِيهِ لَفْظُ التَّذْكِيرِ وَضَمِيرُهُ ، فَلَمَّا رُدَّ الضَّمِيرُ عَلَى الْإِنَاثِ ، عَلِمَ أَنَّهُ مَوْضُوعٌ لَهُنَّ عَلَى الْإِنْفِرَادِ ، وَسَمِيَ نَفْسَهُ أَرْمَلًا تَجَوُّزًا وَتَشْبِيهًا بِهِنَّ ، وَلِذَلِكَ وَصَفَ نَفْسَهُ بِأَنَّهُ ذَكَرٌ . وَكَذَلِكَ الشُّعْرُ الْآخَرُ ، وَيَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْمَجَازِ أَنَّ اللَّفْظَ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ لَا يُفْهَمُ مِنْهُ إِلَّا النِّسَاءُ ، وَلَا يُسَمَّى بِهِ فِي الْعُرْفِ غَيْرُهُنَّ ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُوَضَّعْ لَغَيْرِهِنَّ ، ثُمَّ لَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلنِّسَاءِ وَالرِّجَالِ لَكِنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ قَدْ خَصُّوْا بِهِ النِّسَاءَ ، وَتَرَكَّتِ الْحَقِيقَةُ حَتَّى صَارَتْ مَعْمُورَةً ^(١) ، لَا تُفْهَمُ مِنْ لَفْظِ الْمُتَكَلِّمِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُرْفِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَخَوَاتِهِ ، فَهُوَ لِلْإِنَاثِ خَاصَّةً ، وَإِنْ وَقَفَ عَلَى إِخْوَتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾ ^(٢) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ^(٣) .

(١) في م : مهجورة .

(٢) سورة النساء ١٧٦ .

(٣) سورة النساء ١١ .

وَأَنْ يَقِفَ عَلَى أَهْلِ قَرْنَيْهِ أَوْ قَرَانَيْهِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ
دِينَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ [١٠٥ ط] الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ وَإِنْ كَانَ
الْوَاقِفُ كَافِرًا .

المقنع

وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى حَجْبِهَا بِالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : لِعُمُومَتِهِ . فَالظَّاهِرُ
أَنَّهُ مِثْلُ الْإِخْوَةِ ، يَشْمَلُ^(١) الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُمْ إِخْوَةُ أَبِيهِ . وَإِنْ قَالَ :
لِبَنِي إِخْوَتِهِ . أَوْ : لِبَنِي عَمِّهِ . فَهُوَ لِلذَّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ . إِذَا لَمْ يَكُونُوا
[٢٣٠/٥ ط] قَبِيلَةً ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِخْوَةَ وَالْعُمُومَةَ لَيْسَ لَهَا لَفْظٌ
مَوْضُوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى سِوَى هَذَا اللَّفْظِ ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ لَهُمْ
لَفْظٌ يَشْمَلُ الْجَمِيعَ ، وَهُوَ لَفْظُ الْأَوْلَادِ ، فَإِذَا عُدِلَ عَنِ اللَّفْظِ الْعَامِّ إِلَى
لَفْظِ الْبَيْنِ ، دَلَّ عَلَى إِرَادَةِ الذَّكُورِ ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الْعُمُومَةِ أَشْبَهُ بِلَفْظِ
الْإِخْوَةِ ، وَلَفْظُ بَنِي الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ يُشْبِهُ بَنِي فُلَانٍ ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَيْهِمَا .
وَالْحُكْمُ فِي تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لِلْبَعِيدِ مِنَ الْعُمُومَةِ وَبَنِي الْعَمِّ وَالْإِخْوَةِ ، حُكْمُ
مَا ذَكَرْنَا فِي وَلَدِ الْوَلَدِ ، مَعَ الْقَرِينَةِ وَعَدَمِهَا فِي الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ .

الشرح الكبير

٢٥٩٣ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرْنَيْهِ أَوْ قَرَانَيْهِ ، لَمْ يَدْخُلْ
فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ
الْوَاقِفُ كَافِرًا) وَجْهٌ ذَلِكَ ، أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرْنَيْهِ أَوْ قَرَانَيْهِ

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ [٢٥١/٢ ط] قَرْنَيْهِ أَوْ قَرَانَيْهِ - وَكَذَا لَوْ وَصَّى لَهُمْ -
لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَكَذَا لَوْ وَقَفَ عَلَى إِخْوَتِهِ ، وَنَحْوِهِمْ ، لَمْ يَدْخُلْ

الإنصاف

(١) في م : لا يشمل .

أَوْ أَتَى بَلْفَظٍ عَامٍّ يَدْخُلُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ وَالْكَفَّارُ ، وَالوَاقِفُ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لِلْمُسْلِمِينَ خَاصَّةٌ ، وَلَا شَيْءَ لِلْكَفَّارِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَدْخُلُ فِيهِ الْكَفَّارُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُهُمْ بِعُمُومِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوَصِّيكُمُ اللَّهُ فِيَ أَوَّلِ دِكْرِكُمْ ﴾ ^(١) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَفَّارُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي لَفْظِ الْقُرْآنِ مَعَ عُمُومِهِ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي لَفْظِ الْوَاقِفِ ، وَلِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ ^(٢) لَا يُرِيدُ الْكَفَّارَ ؛ لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عَدَاوَةِ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوَصْلَةِ الْمَانِعَةِ ^(٣) مِنَ الْوِثَاقِ وَوُجُوبِ التَّفَقُّهِ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْوِثَاقِ ، فَكَذَا هُنَا ، فَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ يُتْرَكُ بِهِ صَرِيحُ الْمَقَالِ ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْ قَرِينَةِ الْحَالِ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَيْهِمْ وَأَهْلُ الْقَرْنَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارٌ ، أَوْ وَقَفَ عَلَى قَرَانَتِهِ وَكُلُّهُمْ كُفَّارٌ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعُ اللَّفْظِ بِالْكُلِّيَّةِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ وَالباقى كُفَّارٌ ، دَخَلُوا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ هُنَا

فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ الْإِنْصَافُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ ، وَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا ، وَلَا عَكْسَ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : المانع .

بالتَّخْصِصِ بَعِيدٌ ، وفيه مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُخَالَفَةُ لَفْظِ الْعُمُومِ . والثَّانِي ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْجَمْعِ عَلَى الْمَفْرَدِ . وَإِنْ كَانَ الْأَكْثَرُ كُفَّارًا ، فَهُوَ لِلْمُسْلِمِينَ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْجَزْأِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَيْهِمْ وَصَرَفُهُ إِلَيْهِمْ ، وَالتَّخْصِصُ [٢٣٠/٥ ط] يَصِحُّ ، وَإِنْ كَانَ بِإِخْرَاجِ الْأَكْثَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ الْكُفَّارُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِصَ فِي مِثْلِ هَذَا بَعِيدٌ ، فَإِنَّ تَخْصِصَ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِصَ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ قَوِيٍّ . وَالْحُكْمُ فِي سَائِرِ أَلْفَاظِ الْعُمُومِ ؛ كَالِإِخْوَةِ ، وَالْأَعْمَامِ ، وَبَنِي عَمِّهِ ، وَالْيَتَامَى ، وَالْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِي أَهْلِ قَرْيَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَالْقَرْيَةُ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِمْ ، فَأَشْبَهَ وَقَفَ الْمُسْلِمِ ، يَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ ؟ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ وُجِدَتْ قَرْيَةُ

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَحَلُّ الْخِلَافِ ؛ إِذَا لَمْ تُوجَدْ قَرْيَةُ قَوْلِيَّةٌ ، أَوْ حَالِيَّةٌ ، فَإِنْ وُجِدَتْ ، دَخَلُوا ؛ مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، أَوْ لَا يَكُونَ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَبَاقِي أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، قَالَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفَتَاوَى » : وَلَوْ كَانَ أَكْثَرُ أَقَارِبِهِ كُفَّارًا ، اخْتَصَّ الْمُسْلِمُونَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : لَوْ وَقَفَ الْمُسْلِمُ عَلَى قَرَاتِهِ ، أَوْ أَهْلِ قَرْيَتِهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَفِيهِمْ مُسْلِمُونَ وَكُفَّارٌ ، لَمْ يَتَنَاوَلِ الْكُفَّارَ حَتَّى يُصْرِّحَ بِدُخُولِهِمْ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَأُنْزِي طَالِبٍ . وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ ^(١) وَاحِدٌ ، وَالباقى

(١) سقط من : الأصل .

دَالَّةٌ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا ،
وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ وَبَاقِي أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، وَإِنْ انْتَفَتِ
الْقَرَّائِنُ ، فَفِي دُخُولِهِمْ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَدْخُلُونَ ؛ كَمَا لَمْ يَدْخُلِ
الْكُفَّارُ فِي وَقْفِ الْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُمْ ،
وَهُمْ أَحَقُّ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، فَلَا يُصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ مُقْتَضَاهُ وَمَنْ هُوَ
أَحَقُّ بِحُكْمِهِ إِلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ كَانَ فِي الْقَرْيَةِ كَافِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِ الْوَاقِفِ ،
لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ تُخْرِجُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا وَجَدَ فِي الْمُسْلِمِ
مِنَ الْأَوَّلِيَّةِ^(١) ، فَبَقِيَ خَارِجًا بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَخْرُجَ ، بِنَاءً عَلَى
تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ .

كُفَّارٌ ، فَفِي الْاِقْتِصَارِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ الْعَامِّ عَلَى وَاحِدٍ ، بَعِيدٌ جِدًّا . الْإِنْصَافُ
انْتَهَى . قُلْتُ : الصَّوَابُ الدُّخُولُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَمَالَ إِلَيْهِ
أَبُو مُحَمَّدٍ . الثَّانِي ، شَمِلَ قَوْلُهُ : لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . لَوْ كَانَ فِيهِمْ كَافِرٌ
عَلَى غَيْرِ دِينِ الْوَاقِفِ الْكَافِرِ ، فَلَا يَدْخُلُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، وَلَوْ قُلْنَا بِدُخُولِ
الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
وِ « الشَّرْحِ » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ ؛ بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ ،
مَعَ اخْتِلَافِ دِينِهِمْ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَجَعَلَهُ فِي « الْفُرُوعِ » مَحَلًّا
وِافِقًا ؛ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ بَعْضَهُمْ يَرِثُ بَعْضًا .

(١) ف م : الأول .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ وَمِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ .

٢٥٩٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ : وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ) إِذَا وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ حَسْبُ ، وَهُمْ مُعْتَقُوهُ ، اخْتَصَّ الْوَقْفُ بِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاولُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، فَهُوَ لَهُمْ ؛ لِذَلِكَ ^(١) . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَهُوَ لَهُمْ جَمِيعًا يَسْتَوُونَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمَلُهُمْ جَمِيعًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَقَالَ أَبُو نُوَيْرٍ : يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هُوَ لِلْمَوَالِي

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَاتِي » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ . وَهُمْ مُعْتَقُوهُ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ ، أَنَّهُ لِلْعَتِيقِ ، قَالَ : لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِإِحْسَانِ الْمُعْتَقِينَ إِلَى الْعَتَقَاءِ .

فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ عَدِمَ الْمَوَالِي ، كَانَ لِمَوَالِي الْعَصَبَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِي » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : يَكُونُ لِمَوَالِي أَبِيهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الشَّارِحُ . وَقِيلَ : لِعَصَبَةِ مَوَالِيهِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَيْنِ » . وَقِيلَ : لَوَارِثِهِ بَوَلَاءٍ . وَقِيلَ : كَمُنْقَطِعِ الْآخِرِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » ، بَعْدَ

(١) فَمَ : كَذَلِكَ .

مِنْ أَسْفَلَ . وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ ، كَقَوْلِنَا ، وَكَقَوْلِ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثُ ، هُوَ لِلْمَوَالِي مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، لَكُونَهُمْ عَصَبَتَهُ
وَيَرْتُونَهُ ، بِخِلَافِ عُتْقَائِهِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ
حَتَّى يَضْطَلِّحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ ، فَدَخَلُوا فِيهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ
عَلَى إِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لَغَيْرُ مُعَيَّنَةٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ [٢٣١/٥]
التَّعْيِيمَ يَحْصُلُ مَعَ التَّعْيِينِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا كَلَّمْتُ مَوْلَايَ . حَثَّ
بِكَلَامِ آيِهِمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقِ أَقْوَى . قُلْنَا : مَعَ شُمُولِ
الْأَسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كَأَخَوْتِهِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ
الْعَمِّ ، وَلَا الْمَسَاكِينُ ، وَلَا الْحَلِيفُ ، وَلَا غَيْرُ مَنْ ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِنْ
تَنَاوَلَهُمْ حَقِيقَةً ، لَمْ يَتَنَاوَلَهُمْ عُرْفًا ، وَالْأَسْمَاءُ الْعُرْفِيَّةُ تَقْدُمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ .
وَلَا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى ابْنِهِ ^(١) مَعَ وُجُودِ مَوَالِيهِ . وَقَالَ زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . وَلَنَا ،
أَنَّ مَوْلَى ابْنِهِ ^(٢) لَيْسَ بِمَوْلَى لَهُ حَقِيقَةً إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : إِذَا وَصَّى لِمَوَالِيهِ وَلَيْسَ لَهُ مَوْلَى ،
فَهُوَ لِمَوْلَى أَبِيهِ ^(٣) . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ

عَصَبَةُ الْمَوَالِي . وَأُطْلِقَ الثَّلَاثَةُ الْأَخِيرَةُ فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، لِأَشْيَاءَ لِمَوَالِي
عَصَبَتِهِ ، إِلَّا مَعَ عَدَمِ مَوَالِيهِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :
لَوْ كَانَ لَهُ مَوْلَى أَبٍ حِينَ الْوَقْفِ ، ثُمَّ انْقَرَضَ مَوَالِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ شَيْءٌ .

(١) فِي م : هَذَا اللَّهُ .

بِمَوَالِي . وَاحْتَجَّ الشَّرِيفُ بِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الْأِسْمِ إِلَى الْمَجَازِ وَالْعَمَلِ بِهِ ، تَصَحُّيْحًا لِلْكَلَامِ الْمُكَلَّفِ عِنْدَ إِمْكَانِهِ تَصَحُّيْحُهُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ إِرَادَتُهُ الْمَجَازَ ؛ لَكَوْنِهِ مَحْمُولًا صَحِيحًا ، وَإِرَادَةُ الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنْ إِرَادَةِ الْفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالِي أَبٍ حِينَ الْوَقْفِ ، ثُمَّ أَنْقَرَضَ مَوَالِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ عَلَى مُقْتَضَى مَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُ غَيْرَهُمْ ، فَلَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَلَا يُشْبِهُ هَذَا قَوْلُهُ : أَوْصَيْتُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنُ

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، الْعُلَمَاءُ ؛ هُمْ حَمَلَةُ الشَّرْعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ مِنْ تَفْسِيرِ ، وَحَدِيثِ ، وَفَقِهِ ، وَلَوْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، عَلَى الْقَوْلَيْنِ . لَكِنْ هَلْ يَخْتَصُّ بِهِ مَنْ كَانَ يَصِلُهُ ؟ حُكْمُهُ حُكْمُ قَرَاتِهِ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ . الثَّانِيَةُ ، أَهْلُ الْحَدِيثِ ؛ مَنْ عَرَفَهُ . وَذَكَرَ ابْنُ رَزِينٍ أَنَّ الْفُقَهَاءَ وَالْمُتَفَقِّهَةَ كَالْعُلَمَاءِ ، وَلَوْ خَفِظَ أَرْبَعِينَ حَدِيثًا ، لَا بِمُجَرَّدِ السَّمَاعِ . فَالْقُرَاءُ الْآنَ حُفَاطُهُ ، وَفِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ هُمُ الْفُقَهَاءُ . الثَّلَاثَةُ ، الصَّبِيُّ وَالْغُلَامُ ؛ مَنْ لَمْ يَنْلُغْ ، وَكَذَا الْيَتِيمُ ؛ مَنْ لَمْ يَنْلُغْ ، وَهُوَ بِلَا أَبٍ . وَلَوْ جُهِلَ بَقَاءُ أَبِيهِ ، فَلَا ضَلَّ بِقَاوُهُ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ . قَالَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يُعْطَى مَنْ لَيْسَ لَهُ أَبٌ يُعْرِفُ بِيَلَادِهِ الْإِسْلَامَ . قَالَ : وَلَا يُعْطَى كَافِرٌ . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : فَذَلَّ أَنْهُ لَا يُعْطَى مِنْ وَقْفٍ عَامٍّ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ فِي مَوَاضِعَ . قَالَ : وَيَتَوَجَّهُ وَجْهٌ . وَلَيْسَ وَلَدُ الزَّنَائِيَّتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْيَتِيمَ انْكَسَارًا يَدْخُلُ عَلَى الْقَلْبِ بِفَقْدِ الْأَبِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي مَنْ بَلَغَ : خَرَجَ

وابن ابنه ، فمات الابن ، حيث يَسْتَحِقُّ ابْنُ الابنِ ، وإن كان لا يَسْتَحِقُّ في حَيَاةِ الابنِ شيئا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ههنا لِمَوْصُوفٍ وَجِدَتْ الصِّفَةُ في ابْنِ الابنِ ، كَوُجُودِهَا في الابنِ حَقِيقَةً ، وفي المَوَالِي ^(١) يَقَعُ الاسْمُ على مَوْلَى نَفْسِهِ حَقِيقَةً ، وعلى مَوْلَى أَبِيهِ ^(٢) مَجَازًا ، فمع وَجُودِهَا جَمِيعًا لَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا على الْحَقِيقَةِ ، وهذه الصِّفَةُ . لَا تَوْجَدُ في مَوَالِي ^(٣) أَبِيهِ ^(٤) .

عن حَدِّ الثَّمَرِ . الرَّابِعَةُ ، الشَّابُّ ، وَالْفَتَى ؛ هُمَا مِنَ الْبُلُوغِ إِلَى الثَّلَاثِينَ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وقيل : إلى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ . وَالْكَهْلُ ؛ مِنْ حَدِّ الشَّابِّ إِلَى خَمْسِينَ . وَالشَّيْخُ مِنْهَا إِلَى السَّبْعِينَ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ في « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وقال في « الْكَافِي » : إلى آخِرِ الْعُمُرِ . وهو ظَاهِرٌ كَلَامِهِ في « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصُّغِيرِ » ، و « الْفَاتِي » ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : ثُمَّ الشَّيْخُ بَعْدَ الْخَمْسِينَ . قال الْحَارِثِيُّ : وَلَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسِينَ سَنَةً ، ثُمَّ هُوَ شَيْخٌ حَتَّى يَمُوتَ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ . فعلى الْمَذْهَبِ ، يَكُونُ الْهَرَمُ مِنْهَا إِلَى الْمَوْتِ . الْخَامِسَةُ ، أَبْوَابُ الْبِرِّ ؛ وَهِيَ الْقُرْبُ كُلُّهَا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَأَفْضَلُهَا الْغَزْوُ ، وَيُتَدَأُّ بِهِ . نصُّ عَلَيْهِ . قال في « الفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، يُتَدَأُّ بِمَا تَقَدَّمَ فِي أَفْضَلِ الْأَعْمَالِ . يَعْنِي ، الَّذِي تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ صَلَاةِ التَّطَوُّعِ . وَيَأْتِي فِي بَابِ الْمُوصَى لَهُ ، إِذَا أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَالْكَلَامُ عَلَيْهِ [٢٥٢/٢] مُسْتَوْفَى . السَّادِسَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى

(١) في م : « المولى » .

(٢) في م : « الله » .

(٣) في م : « مولى » .

سَبِيلَ الْخَيْرِ ، اسْتَحَقَّ مَنْ أَخَذَ مِنَ الزَّكَاةِ . ذَكَرَهُ فِي « الْمَجَرَّدِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ أَبُو الْوَفَاءِ : يَعُمُّ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْغَارِمُ ؛ لِلإِضْلَاحِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : وَيَجُوزُ لَغْنَى قَرِيبِ . السَّابِعَةُ ، جَمْعُ الْمَذْكُورِ السَّالِمِ وَضَمِيرُهُ يَشْمَلُ الْأَنْثَى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَشْمَلُهَا ، كَعَكْسِهِ لَا يَشْمَلُ الذَّكَرَ . الثَّامِنَةُ ، الْأَشْرَافُ ؛ وَهُمْ أَهْلُ بَيْتِ النَّبِيِّ ﷺ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَهْلُ الْعِرَاقِ كَانُوا لَا يُسَمُّونَ شَرِيفًا إِلَّا مَنْ كَانَ مِنْ بَنِي الْعَبَّاسِ ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الشَّامِ وَغَيْرِهِمْ لَا يُسَمُّونَهُ إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَوِيًّا . قَالَ : وَلَمْ يُعْلَقْ عَلَيْهِ الشَّارِعُ حُكْمًا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ لِيَتَلَقَّى حَدَّهُ مِنْ جِهَتِهِ . وَالشَّرِيفُ فِي اللَّغَةِ خِلَافُ الْوَضِيعِ وَالضَّعِيفِ ؛ وَهُوَ الرِّيَاسَةُ وَالسُّلْطَانُ . وَلَمَّا كَانَ أَهْلُ بَيْتِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَحَقُّ الْبُيُوتِ بِالشَّرِيفِ ، صَارَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ شَرِيفًا . الثَّاسِعَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ ، أَوْ وَصَّى لَهُمْ ، لَمْ تَدْخُلْ مَوَالِيَهُمْ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَحَنْبَلٍ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » : لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يُعْتَبَرُ فِيهَا لَفْظُ الْمَوْصِيِّ ، وَلَفْظُ صَاحِبِ الشَّرِيعَةِ « يُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَعْنَى . وَلِهَذَا ، لَوْ حَلَفَ : لَا أَكَلْتُ سُكَّرًا ؛ لِأَنَّهُ حُلُوٌّ . لَمْ يَعُمَّ غَيْرَهُ مِنَ الْحَلَاوَاتِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : عَبْدِي حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَسْوَدُ . لَمْ يُعْتَقَ غَيْرُهُ مِنَ الْعَبِيدِ . وَلَوْ قَالَ اللَّهُ : حَرَّمْتُ الْمُسْكِرَ ؛ لِأَنَّهُ حُلُوٌّ . عَمَّ جَمِيعَ الْحَلَاوَاتِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ؛ لِأَنَّهُ أَسْوَدُ . عَمَّ . انْتَهَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي آخِرِ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا لِمَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْعِلَّةَ مَقَالَهُ الْقَاضِي هُنَا .

وَإِذَا وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ الْمُقْتَضِ
تَعْمِيمُهُمُ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ

٢٥٩٥ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ تَعْمِيمُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَفْتَضِي ذَلِكَ ، وَقَدْ أُمِكَنَ الْوَفَاءُ بِهِ ، فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَاهُ ، كَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(١) . فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمَّ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، وَلِأَنَّ اللَّفْظَ يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ لَهُمْ .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ تَعْمِيمُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وَقَطَعُوا بِهِ . وقال في « الفائق » : وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ الْمَفَاضَلَةِ فِيمَا يُقْصَدُ فِيهِ تَمْيِيزٌ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَهَاءِ . قلت : وهذا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . وعنه ، إِنْ وَصَّى فِي سِكَتِهِ ؛ وَهُمْ أَهْلُ دَرْبِهِ ، جَازَ التَّفْضِيلُ لِلْحَاجَةِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْأَوَّلَى جَوَازُ التَّفْضِيلِ لِلْحَاجَةِ ، فِيمَا قُصِدَ بِهِ سُدُّ الْخَلَّةِ ، كَالْمَوْقُوفِ عَلَى فُقَرَاءِ أَهْلِهِ . انتهى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وَقِيَاسُهُ الْإِكْفَاءُ بِوَاحِدٍ . وعنه ، فِي مَنْ أَوْصَى فِي فُقَرَاءِ مَكَّةَ ، يُنْظَرُ أَحْوَجُهُمْ . وتَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيُّ الدِّينِ إِذَا وَقَفَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءَ ؛ هَلْ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، أَوْ يَتَفَاضَلُونَ ؟ فِي أَحْكَامِ النَّاطِرِ .

تنبيه : الذي يَظْهَرُ أَنَّ مَحَلَّ هَذَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ قَرِينَةً ، فَإِنْ كَانَ قَرِينَةً ، جَازَ التَّفَاضُلُ ، بَلَا نِزَاعٍ . وَلَهَا نَظَائِرُ تَقَدَّمَ حُكْمُهَا .

(١) سورة النساء ١٢ .

وَالْأَجَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَالْإِقْصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ،
وَيَحْتَمِلُ الْأَجْزَأُ أَقْلَ مِنْ ثَلَاثَةٍ .

الشرح الكبير

٢٥٩٦ - مسألة : فإن لم يُمكن حَضْرُهُمْ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْقَبِيلَةِ
الكَثِيرَةِ ؛ كَبْنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي تَمِيمٍ ، صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ . وَكَذَلِكَ يَصَحُّ
الْوَقْفُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، وَعَلَى أَهْلِ إِقْلِيمٍ وَمَدِينَةٍ ، كَالشَّامِ ،
وِدِمَشْقَ . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ عَلَى عَشِيرَتِهِ ، وَأَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : [ط ٢٣١/٥] لَا يَصَحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمكنُ
اسْتِيعَابُهُمْ وَحَضْرُهُمْ ، فِي غَيْرِ الْمَسَاكِينِ وَنَحْوِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ
الْأَدَمِيِّ ، فَلَمْ يَصَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى قَوْمٍ . وَلَنَا ،
أَنَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا مَحْضُورِينَ ، صَحَّ وَإِنْ لَمْ يُحْضَرُوا ،
كَالْفُقَرَاءِ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْطَلُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ .

الإنصاف

فائدة : لو كان الوقف في ابتدائه على مَنْ يُمكنُ اسْتِيعَابُهُ ، فَصَارَ مِمَّا لَا يُمكنُ
اسْتِيعَابُهُ ؛ كَوَقْفٍ عَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْيِيمُ مَنْ
أَمَكَّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّشْوِيَةُ بَيْنَهُمْ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا .

قوله : وَالْأَجَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالْإِقْصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . يَعْنِي ،
إِذَا لَمْ يُمكنُ حَضْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ؛ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى أَصْنَافِ الزُّكَاةِ ، أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ
وَالْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالْصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ الْإِقْصَارِ عَلَى وَاحِدٍ ،
كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ
فِي «الْوَجِيزِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» وَغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ الْأَجْزَأُ أَقْلَ مِنْ ثَلَاثَةٍ .
وَهُوَ وَجْهٌ فِي «الْهِدَايَةِ» وَغَيْرِهَا ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا فِي الزُّكَاةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
«الْمُحَرَّرِ» . وَقِيلَ : فِي إِجْزَاءِ الْوَاحِدِ رَوَاتَانِ .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ إجماعاً ؛ لأنه غيرُ مُمَكِّنٍ . وَيَجُوزُ تَفْصِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ جازَ جِزْمَانَهُ جازَ تَفْصِيلُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ . وَيَجُوزُ الْاِتِّصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْزِئَهُ أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ ^(١) قَدْ ذُكِرَ فِي الزَّكَاةِ ، وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ فِي أَيْدِيهِ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، فَصَارَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، وَعَقِبِهِ وَنَسْلِهِ ، فَصَارُوا قَبِيلَةً كَثِيرَةً تَخْرُجُ عَنِ الْحَضَرِ ، مِثْلَ وَقْفٍ عَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ مَنْ أُمَكِّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ كَانَ وَاجِبًا ، وَكَذَلِكَ التَّسْوِيَةُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ ، وَجِبَ مِنْهُ مَا أُمَكِّنَ ، كَالْوَاجِبِ الَّذِي يَعْجِزُ عَنْ بَعْضِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْوَاقِفَ هُنَا أَرَادَ التَّعْمِيمَ وَالتَّسْوِيَةَ ، لِإِمْكَانِهِ وَصْلَاحِ لَفْظِهِ لِذَلِكَ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمَا أُمَكِّنَ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا حَالَ الْوَقْفِ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِمْ .

فَانْدَتَان ؛ لِإِحْدَاهُمَا ، لَوْ وَقَفَ عَلَى أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، الْإِنْصَافُ ، جازَ الْاِتِّصَارُ عَلَى صِنْفٍ مِنْهُمْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدْ مَهَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، ذَكَرَهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، فِي غَيْرِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ . وَقَالَ فِي الثَّانِيَةِ : لَا بُدَّ مِنَ الصَّرْفِ إِلَى الْفَرِيقَيْنِ كِلَاهُمَا ^(٢) . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدَ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، جَوَازُ الْاِتِّصَارِ عَلَى أَحَدٍ

(١) فِي م : الْقَوْلُ .

(٢) فِي ط : كَالزَّكَاةِ .

فَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَكْثَرُ مِنَ الْقَدْرِ
الَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ
الزَّكَاةِ .

٢٥٩٧ - مسألة : ولا يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى
مِنَ الزَّكَاةِ . يَعْنِي (إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ) وَجُمْلَةً

الصَّنْفَيْنِ ؛ مِنَ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » . وَعِنْدَ الْمُصَنِّفِ ،
يَجِبُ الْجَمْعُ ، وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي . وَقِيلَ : لَا يَجْزِي الْأَقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ ، بِنَاءً
عَلَى الزَّكَاةِ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقِيلَ : لِكُلِّ
صِنْفٍ مِنْهُمْ الثُّمْنُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِزِ » . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَقَطْ ،
أَوْ عَلَى الْمَسَاكِينِ فَقَطْ ، جَازَ إِعْطَاءُ الصَّنْفِ الْآخَرِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وغيرهم . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا يَجُوزُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَيَأْتِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي بَابِ
الْمَوْصِي لَهُ . وَلَوْ افْتَقَرَ الْوَاقِفُ ، اسْتَحَقَّ مِنَ الْوَقْفِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : شَبَّهَ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ
الْمَرْوُذِيِّ . وَقِيلَ : لَا يَشْمَلُهُ ، فَلَا يَسْتَحَقُّ شَيْئًا مِنْهُ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْبَابِ ،
قُبِيلَ قَوْلِهِ : الثَّلَاثُ ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُمْلِكُ .

قوله : ولا [٢٥٩٢/٢] يُدْفَعُ إِلَى وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنَ الْقَدْرِ الَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ
الزَّكَاةِ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ .
قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، زِيَادَةَ الْمَسْكِينِ وَالْفَقِيرِ عَلَى خَمْسِينَ دِرْهَمًا . وَإِنْ
مَنْعَاهُ مِنْهَا فِي الزَّكَاةِ .

ذلك ، أن مَنْ وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرُّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهُمْ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَدْخُلُ مَعَهُمْ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْأَدَمِيِّينَ يُحْمَلُ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَيَنْظَرُ ؛ مَنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَقَدْ مَضَى شَرْحُ ذَلِكَ فِي الزَّكَاةِ . فَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يُزَادُ عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغَنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ ، وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا ، أُعْطِيَ مَنْ شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ عَلَى [٢٣٢/٥] إلْحَاقَهُ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، زِيَادَةَ الْمَسْكِينِ عَلَى خَمْسِينَ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّ لَفْظَ أَحْمَدَ لَا تَقْيِيدَ فِيهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ وَجْهَهُمَا مَا سَبَقَ .

فصل : فَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ كُلِّهَا ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

المقنع وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا الْفَضْلِ .

فَصْلٌ : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمَ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا .

الشرح الكبير

٢٥٩٨ - مسألة : (وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ) لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى لَفْظِ الْمُوصَى ، أَشْبَهَتْ الْوَقْفَ .

فصل : (وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمَ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا) وَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعِتْقِ . وَعَنْهُ : لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَإِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . كَالْهَبَةِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِهِ ، وَلِلْوَقْفِ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَيَلْزَمُ ، أَوْ يَحْكُمُ بِلُزُومِهِ حَاكِمٌ . وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَلِيٍّ ،

الإنصاف

قوله : وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا الْفَضْلِ . هَذَا صَحِيحٌ ، لَكِنَّ الْوَصِيَّةَ أَعْمُ مِنَ الْوَقْفِ ، عَلَى مَا بَأْتَى . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ قَرَاتِهِ ، اسْتِثْوَاءَ الْآخَرِ مِنَ الْأَبِّ ، وَالْآخَرِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَذَكَرَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » ، أَنَّ الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ اخْتَارَ ، فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ، دُخُولَ وَلَدِ الْوَلَدِ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ نَازِمِ الْمُفْرَدَاتِ ، إِذَا أَوْصَى لِقَرَاتِهِ .

قوله : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمَ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إِذَا وَقَفَ فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ ذَنْبٌ ، فَهَلْ يُبَاعُ لَوْفَاءُ الدِّينِ ؟ فِيهِ خِلَافٌ فِي مَذْهَبِ أَحْمَدَ وَغَيْرِهِ ، وَمَنْعُهُ قَرِيءٌ . قَالَ جَامِعٌ « اخْتِيَارَاتِهِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْعَبَّاسِ ، وَلَوْ كَانَ الدِّينُ حَادِثًا بَعْدَ

الشرح الكبير

وابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ . وخَالَفَ أَبَا حَنِيفَةَ صَاحِبَاهُ ، فَقَالَا كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَاحْتَجَّ بَعْضُهُمْ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ ، صَاحِبَ الْأَذَانِ ، جَعَلَ حَائِطَهُ صَدَقَةً ، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَاءَ أَبُوهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لِمَ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلَّا هَذَا الْحَائِطُ . فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ مَاتَا فَوَرَّثَهُمَا . رَوَاهُ الْمَحَامِلِيُّ^(١) فِي « أُمَالِيهِ »^(٢) . وَلَأنَّهُ إِخْرَاجُ مَالِهِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ مِنْ مِلْكِهِ ، فَلَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ، كَالصَّدَقَةِ . قُلْنَا : هَذَا الْقَوْلُ يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثَّابِتَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ فِي وَفْقِهِ : « لَا يُبَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبْتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ »^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ

الْمَوْتُ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَلَيْسَ هَذَا بِأَبْلَغَ مِنَ التَّذْيِيرِ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْإِنْصَافُ أَنَّهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، بَاغَهُ فِي الدِّينِ . وَتَقَدَّمَ إِذَا وَفَّقَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصَحَّحْنَاهُ ؛ هَلْ يَقَعُ لَازِمًا ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، أَوْ لَا يَقَعُ لَازِمًا ،^(٤) وَيَجُوزُ^(٥) بَيْعُهُ ؟ فَلْيُعَاوِذْ .

(١) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدٍ الضُّبِّيِّ الْحَامِلِيِّ الْقَاضِيَّ الْفَقِيهَ ، صَاحِبَ « الْأُمَالِ » الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثِينَ وَثَلَاثِينَ . تَارِيخُ الثَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ٣٥٧/١/١ .

(٢) وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : مِيرَاثِ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ الْمُنْفَرِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٦٦/٤ .

(٣) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٦٢ .

(٤ - ٥) فِي ط : « أَوْ يَجُوزُ » .

اختلفاً . قال الحُمَيْدِيُّ : تَصَدَّقَ أَبُو بَكْرٍ بِدَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بِرَبِيعِهِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُثْمَانُ بِرُومَةٍ ^(١) ، وَتَصَدَّقَ عَلَى بَارِضِهِ بَيْنُوعَ ، وَتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَدَارِهِ بِمِصْرَ وَأُمُوالِهِ بِالْمَدِينَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَتَصَدَّقَ سَعْدُ بِدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمِصْرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بْنُ الْعَاصِ بِالْوَهْطِ ^(٢) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ [٢٣٢/٥ ط] عَلَى وَلَدِهِ ، وَحَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ ^(٣) . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَهُ مَقْدِرَةٌ إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ عَلَى الْوَقْفِ مِنْهُمْ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةٌ لِمَلِكٍ يَلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعَتَقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ

فائدة : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْوَقْفَ يَلْزَمُ ^(٤) بِمَجَرَّدِ الْقَوْلِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْحَارِثِيُّ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى ذَلِكَ ، عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . فليُعاوِذَ .

(١) أى بر رومة بالمدينة .

(٢) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب الصدقات المحرمات ، من كتاب الوقف . السنن الكبرى ١٦١/٦ .

(٤) سقط من : الأصل .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ تَتَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ ، فَبَيَاْعٌ وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ .
وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْعَزْوِ ، يَبْعُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ
مَا يَصْلُحُ لِلجِهَادِ . وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي مَوْضِعِهِ ،
وَعَنْهُ ، لَا تُبَاْعُ الْمَسَاجِدُ لَكِنْ تُنْقَلُ أَلَتَهَا إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ .

الشرح الكبير

فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، استتباب
فيها رسول الله ﷺ ، فرأى والدته أحق الناس بصرفها إليهما ، ولهذا لم
يردّها إليه ، إنما دفعها إليهما . ويحتمل أن الحائض كان لهما ، وكان هو
يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما ، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما ،
فلم ينفذه ، وأتيا النبي ﷺ فردّه إليهما . والقياس على الصدقة لا يصح ؛
لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما يفتقر إلى القبض ، والوقف
لا يفتقر إليه ، فافترقا .

٢٥٩٩ - مسألة : (ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه ، فبإع
ويصرف ثمنه في مثله . وكذلك الفرس الحبس إذا لم يصلح للعزو ، بيع
واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد . وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في
موضعه . وعنه ، لا تباع المساجد لكن تنقل ألتها إلى مسجد آخر) وجملة
ذلك ، أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته ؛ لقول النبي ﷺ في حديث عمر :

قوله : ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه ، فبإع ، ويصرف ثمنه في مثله . وكذلك
الفرس الحبس ، إذا لم يصلح للعزو ، بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد ، وكذلك
المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه . وعنه ، لا تباع المساجد ، لكن تنقل ألتها إلى

« غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُتَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ »^(١) . فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ ؛ كَدَارٍ انْهَدَمَتْ ، أَوْ أَرْضٍ خَرِبَتْ وَعَادَتْ مَوَاتًا لَا يُمْكِنُ عِمَارَتُهَا ، أَوْ مَسْجِدٍ انْتَقَلَ أَهْلُ الْقَرْيَةِ عَنْهُ ، وَصَارَ فِي مَوْضِعٍ لَا يُصَلَّى فِيهِ ، أَوْ ضَاقَ بِأَهْلِهِ وَلَمْ يُمْكِنَ تَوْسِيعُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، فَإِنْ أُمِّكِنَ بَيْعُ بَعْضِهِ لِيُعْمَرَ بِهِ بَقِيَّتُهُ ، جَازَ بَيْعُ الْبَعْضِ . وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْإِنْتِفَاعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ ، بَيْعُ جَمِيعِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشَبَتَانِ لِمَا قِيَمَتْ ، جَازَ بَيْعُهُمَا وَصَرَفُ ثَمَنِهِمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدْرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْنَعُ الصَّلَاةَ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ عَرَصَتِهِ فِي رِوَايَةٍ [٥/٢٣٣] عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقَدْ رَوَى عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تُبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُنْقَلُ أَلْتَهَا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِاجْتِمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ^(٢) بَيْعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ - يَعْنِي الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْغَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ فَلَمْ تَصْلُحْ

مَسْجِدٍ آخَرَ . وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِ آلَتِهِ وَصَرَفُهَا فِي عِمَارَتِهِ . اعْلَمْ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَخْلُو ؛ إِثْمًا أَنْ تَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ تَعَطَّلْ مَنَافِعُهُ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ، وَلَا الْمُنَاقَلَةُ بِهِ مُطْلَقًا . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ ، قَالَ : لَا يَسْتَبْدَلُ بِهِ وَلَا يَبِيعُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يَنْتَفَعُ بِهِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، لَا يُغَيَّرُ عَنْ حَالِهِ ، وَلَا يُبَاعُ ، إِلَّا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٦٢ .

(٢) سقط من : م .

لِلْعَزْوِ ، وَأَمَكَنَ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَدُورَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَيْهَا تُرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرَّغْبَةُ فِي نِتَاجِهَا ، أَوْ حِصَانًا يُتَّخَذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مَا يَصْلُحُ لِلْعَزْوِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مِلْكِهِ وَإِقْفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ زَالَ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُتَنَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ مَعَ تَعَطُّلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهُ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نَقِبَ ^(١) بَيْتُ الْمَالِ الَّذِي بِالْكُوفَةِ ، أَنْ أَنْقِلَ الْمَسْجِدَ الَّذِي بِالتَّمَارِينِ ، وَاجْعَلْ بَيْتَ الْمَالِ فِي قِبْلَةِ الْمَسْجِدِ ، فَإِنَّهُ لَنْ يَزَالَ فِي الْمَسْجِدِ مُصَلٍّ . وَكَانَ هَذَا بِمَشْهَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلَافُهُ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ اسْتِيقَاءً لِلْوَقْفِ بِمَعْنَاهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ إِبْقَائِهِ بِصُورَتِهِ ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتَوْلَدَ

أَنْ لَا يُنْتَفَعَ مِنْهُ بِشَيْءٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجُوزَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ ، وَالْإِنْصَافِ ، وَقَالَ : هُوَ قِيَاسُ « الْهِنْدِيِّ » ، وَذَكَرَهُ وَجْهًا فِي الْمُنَاقَلَةِ : وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، بِجُوزِ ^(٢) نَقْلِ الْمَسْجِدِ لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَاخْتَارَهُ

(١) نقب ؛ بفتح القاف ؛ تحرق . ونقب ؛ بالبناء للمجهول ؛ نقبه بعض الناس .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

الجارية الموقوفة ، أو قبلها ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه ، استبقينا العرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطّلها تضييع للعرض . ويقرب هذا من الهذلي إذا عطب ، فإنه يذبح في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعذر تحصيل العرض بالكليّة ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره ؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى قوات الانتفاع به بالكليّة ، وهكذا الوقف المعطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن ، أنه إزالة ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منفعه [٢٣٣/٥ ط] كالعتق .

صاحب « الفائق » ، وحكم به نائبا عن القاضي جمال الدين المسلاوي^(١) ، فعارضه القاضي جمال الدين المرداوي^(٢) ، صاحب « الانتصار » ، وقال : حكمه باطل ، على قواعد المذهب . وصنف في ذلك مصنفا ، رد فيه على الحاكم ، سماه « الواضح الجلي » في نقض حكم ابن قاضي الجبل الحنبلي^(٣) ووافق صاحب « الفروع » على ذلك : وصنف صاحب « الفائق » مصنفا في جواز المناقلة ؛ للمصلحة سماه « المناقلة بالأوقاف »^(٤) وما في ذلك من النزاع

(١) هو محمد بن عبد الرحيم بن علي ابن المنجا السلمي المسلاقي ، جمال الدين المالكي . ولى نيابة الحكم بدمشق ، ثم قضائها ، وولى تدريس الحديث بالظاهرية . توفي سنة إحدى وسبعين وسبع مائة . الدرر الكامنة ١٢٩/٤ .
(٢) هو يوسف بن محمد بن عبد الله بن محمد المرداوي ، جمال الدين ، أبو الفضل ، القاضي ، إمام في المذهب ، وله عناية بالمتن والإسناد ، صنف كتاب « الانتصار » ، و « شرح المقنع » توفي سنة تسع وستين وسبع مائة . الدرر الكامنة ٢٤٥/٥ .
(٣) في الأصل ، ١ : « والأوقاف » .

الشرح الكبير

٢٦٠٠ - مسألة : (ويجوزُ بَيْعُ بعضِ آلِيهِ وَصَرَفُهَا فِي عِمَارَتِهِ) كما يجوزُ بَيْعُ الفَرَسِ الحَيِّسِ عِنْدَ تَعَدُّرِ الانْتِفَاعِ بِهِ وَصَرَفُ ثَمَنِهِ فيما يَقُومُ مَقَامُهُ ، ولأنَّهُ إذا جازَ بَيْعُ الجَمِيعِ عِنْدَ الحَاجَةِ إِلَى بَيْعِهِ ، فبَيْعُ بَعْضِهِ مَعَ بَقَاءِ البَعْضِ أَوَّلَى .

الإنصاف

والخلافُ « وأجَادَ فِيهِ . ووافَقَهُ على جَوَازِهَا الشَّيْخُ بُرْهَانُ الدِّينِ ابنُ القَيِّمِ ، والشَّيْخُ عِزُّ الدِّينِ حَمَزَةُ ابنُ شَيْخِ السَّلَامِيَّةِ ، وَصَنَّفَ فِيهِ مُصَنَّفًا سَمَّاهُ « رَفْعُ الْمُثَاقَلَةِ فِي مَنَعِ الْمُنَاقَلَةِ » . ووافَقَهُ أيضًا جَمَاعَةٌ فِي عَصَرِهِ . وَكُلُّهُمْ تَبِعَ لِلشَّيْخِ تَقِيُّ الدِّينِ فِي ذَلِكَ . وَأُطْلِقَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » فِي جَوَازِ إِبْدَالِ الْوَقْفِ مَعَ عِمَارَتِهِ رِوَايَتَيْنِ .

فائدة : نصَّ الإمامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى ، على جَوَازِ^(١) تَجْدِيدِ بِنَاءِ الْمَسْجِدِ لِمَصْلَحَتِهِ . وعنه ، يجوزُ بَرِضًا جِيرَانَهُ . وعنه ، يجوزُ بِشْرَاءِ دُورٍ مَكَّةَ لِمَصْلَحَةِ عَائِمَةٍ . قالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ هُنَا مِثْلُهُ ، قالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : جَوَازُ جُمُهورِ الْعُلَمَاءِ تَغْيِيرَ صُورَتِهِ لِمَصْلَحَةٍ ، كَجَعْلِ الدُّورِ حَوَانِيتَ ، وَالْحُكُورَةِ الْمَشْهُورَةِ ، فلا فَرْقَ بَيْنَ بِنَاءِ بِنَاءٍ ، وَعَرَضَةٍ بَعَرَضَةٍ . هَذَا صَرِيحُ لَفْظِهِ . وقالَ أيضًا ، فِي مَنْ وَقَفَ كُرومًا على الْفُقَرَاءِ ، يَحْصُلُ على جِيرَانِهَا بِهِ ضَرَرٌ : يُعَوَّضُ عَنْهُ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ على الْجِيرَانِ ، وَيَعُودُ الْأَوَّلُ مِلْكًا ، وَالثَّانِي وَقْفًا . انتهى . ويجوزُ نَقْضُ مَنَارَتِهِ ، وَجَعْلُهَا فِي حَائِطِهِ . نصَّ عَلَيْهِ . وَنَقَلَ أَبُو داودَ ، وَقد سُئِلَ عَنِ مَسْجِدٍ فِيهِ خَشْبَتَانِ لهما ثَمَنٌ ، تَشَعَّتْ ، وَخَافُوا سَقُوطَهُ ، أَيَّاعَانِ وَيَتَّفِقَانِ على الْمَسْجِدِ ،

(١) سقط من : ط .

فصل : وإذا بيع الوقف ، فأى شيء اشترى بيمينه مما يردُّ على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الخرقى ، لكن تكون المنفعة مضروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

ويبدل مكانهما جذعين ؟ قال : ما أرى به بأسا . انتهى . وأما إذا تعطلت منافعه ، فالصحيح من المذهب ، أنه يُباع والحالة هذه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وهو من مقررات المذهب . [٢/ ٥٥٣] وعنه ، لأتباع المساجد ، لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر . اختاره أبو محمد الجوزي ، والجارثي ، وقال : هو ظاهر كلام ابن أبي موسى . وعنه ، لأتباع المساجد ولا غيرها ، لكن تنقل آلتها . نقل جعفر ، في من جعل خاناً للسبيل ، وبني بجانبه مسجداً ، فضاقت المساجد ، أيزاد منه في المسجد ؟ قال : لا . قيل : فإنه إن ترك ؛ ليس ينزل فيه أحد ، قد عطل ؟ قال : يترك على ما صير له . واختار هذه الرواية الشريف ، وأبو الخطاب . قاله في « الفروع » . قال الزركشي : وحكى في « التلخيص » عن أبي الخطاب ؛ لا يجوز بيع الوقف مطلقاً . وهو غريب ، لا يعرف في كتبه . انتهى . ذكره في « التلخيص » عنه في كتاب البيع ، وحكاه عنه قبل صاحب « التلخيص » تلميذ أبي الخطاب ؛ وهو الحلواني في « كتابه » . قلت : وظاهر كلام أبي الخطاب في « الهداية » ، في كتاب البيع ، عدم الجواز ؛ فإنه قال : ولا يجوز بيع الوقف ، إلا أن أصحابنا قالوا : إذا خرب ، أو كان فرساً ، فقطب ، جاز بيعه ، وصرف ثمنه في مثله . انتهى . وكلامه في « الهداية » في كتاب الوقف ،

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكْفِ ثَمَنُ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ لِشِرَاءِ فَرَسٍ أُخْرَى ، أُعِينَ بِهِ فِي شِرَاءِ حَبِيسٍ يَكُونُ بَعْضُ الثَّمَنِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ اسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةِ الْوَقْفِ الْمُتِمِّكِ اسْتِيفَاؤُهَا وَصِيَانَتُهَا عَنِ الصَّبَاغِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بِهَذِهِ الطَّرِيقِ .

صَرِيحٌ بِالصَّحَّةِ . وَاخْتَارَ أَيْضًا هَذِهِ الرَّوَايَةَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَنَّفَ فِيهَا جُزْءًا ، حَكَاهُ عَنْهُ ابْنُ رَجَبٍ فِي « طَبَقَاتِهِ » . وَاخْتَارَ أَيْضًا هَذِهِ الرَّوَايَةَ ، وَهِيَ عَدَمُ الْبَيْعِ ، الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ .

تنبيه : فعلى المذهب ، المرادُ بِتَعَطُّلِ مَنْفَعِهِ ؛ الْمَنَافِعُ الْمَقْصُودَةُ ، بِخَرَابٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَوْ بِضَيْقِ الْمَسْجِدِ عَنْ أَهْلِهِ . نَصُّ عَلَيْهِ . أَوْ بِخَرَابِ مَحَلَّتِهِ . نَقَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ . وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ جَمَاعَةً ، لَا يُبَايَعُ إِلَّا أَنْ لَا يُتَنَفَّعَ مِنْهُ بِشَيْءٍ أَصْلًا ، بِحَيْثُ لَا يَرُدُّ شَيْئًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » : كُلُّ وَقْفٍ خَرِبَ ، وَلَمْ يَرُدِّ شَيْئًا ، يَبِيعُ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) ، وَمَنْ تَابَعَهُ لَا يُبَايَعُ إِلَّا أَنْ يَقِلَّ رَيْعُهُ ، فَلَا يُعَدُّ نَفْعًا . وَقِيلَ : أَوْ يَتَعَطَّلُ أَكْثَرُ نَفْعِهِ . نَقَلَهُ مُهْنًا فِي فَرَسٍ كَبِيرٍ وَضَعُفَ ، أَوْ ذَهَبَتْ عَيْنُهُ . فَقُلْتُ لَهُ : دَارٌ ، أَوْ ضَيْعَةٌ ضَعُفَ أَهْلُهَا أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهَا ؟ قَالَ : لَا بِأَسَرِّ بَيْعِهَا ، إِذَا كَانَ أَنْفَعَ لِمَنْ يُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْهَا . وَقِيلَ : أَوْ يُخِيفَ تَعَطُّلُ أَكْثَرِ ^(٢) نَفْعِهِ قَرِيبًا . ^(٣) جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ قَوِيٌّ جِدًّا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ذَلِكَ ^(٤) . سَأَلَهُ الْمُتَمُونِيُّ ، يُبَايَعُ إِذَا عَطِبَ أَوْ فَسَدَ ؟

(١) المعنى : ٢٢١/٨ .

(٢) سقط من : ط .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : فإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ، لكن قلت ، وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف ، لم يجوز بيعه ؛ لأن الأصل تحريم البيع ، وإنما أبيع للضرورة ، صيانة لمقصود الوقف عن الصياع مع إمكان تخصيصه ، ومع الانتفاع ما يضيع المقصود وإن قل ، اللهم إلا أن يُلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً ، فيكون وجوده كالعدم .

قال : إى والله ، يُباع إذا كان يُخاف عليه التلف والفساد والنقص ، باعوه وردوه في مثله . وسأله الشائلجى : إن أخذ من الوقف شيئاً ، فعتق في يده وتغير حاله ؟ قال : يُحوّل إلى مثله . وكذا قال في « التلخيص » ، و « الترغيب » ، و « البلغة » : لو أشرف على كسر أو هدم ، وعلم أنه إن أخر لم ينتفع به ، بيع . قلت : وهذا ممّا لا شك فيه . قال في « الفروع » : وقولهم : بيع . أى يجوز بيعه . نقله جماعة ، وذكره جماعة . قال في « الفروع » : ويتوجه أن ما قالوه للاستثناء ممّا لا يجوز بيعه ، وإنما يجب ؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة ، وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها . قال الشيخ تقي الدين : يجب بيعه بمثله مع الحاجة ، وبلا حاجة ، يجوز بخير منه ؛ لظهور المصلحة ، ولا يجوز بمثله ؛ لفوات التعيين بلا حاجة . قال في « الفائق » : وبيعُه حالة تعطله أمر جائز عند البعض . وظاهر كلامه في « المعنى » وجوبه . وكذلك إطلاق كلام أحمد . وذكره في « التلخيص » ؛ رعاية للأصلح . انتهى .

فوائد : الأولى ، قال المصنف ، ومن تابعه : لو أمكن بيع بعضه ؛ ليعمر به بقيته ، بيع ، وإلا بيع جميعه . قال في « الفروع » : ولم أجد ما قاله لأحد قبله .

فصل : قال أحمد ، في رواية أبي داود ، في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ، ويجعل تحته سقاية وحوانيت . فامتنع بعضهم من ذلك : ينظر إلى قول أكثرهم . واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد ، فذهب ابن حامد إلى أن هذا مسجد أراد أهله إنشائه ابتداء ، واختلفوا كيف يعمل ، وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً ؛ لأن ما له إليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت . وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ ، وهو أنه كان مسجداً ، فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية ؛ لحاجتهم إلى ذلك .

قال : والمراد مع اتحاد الوقف^(١) ، كالجهة ، ثم إن أراد عيتين ؛ كدارين ، فظاهر . وكذا إن أراد عينا واحدة ، ولم تنقص القيمة بالتشقيص ، فإن نقصت ، توجه البيع في قياس المذهب ؛ كتبيع وصي لذير ، أو حاجة صغير ، بل هذا أسهل ؛ لجواز تغيير صفاته لمصلحة ، وبيعه على قول . انتهى . وقول صاحب « الفروع » : والمراد مع اتحاد الوقف . ظاهراً في أنه لا يجوز عمارة وقف من ريع وقف آخر ، ولو اتحدت الجهة . وقد أفتى الشيخ عبادة^(٢) ، من أئمة أصحابنا ، بجواز عمارة وقف من وقف آخر على جهته . ذكره ابن رجب في « طبقاته »^(٣) ، في ترجمته . قلت : وهو قوي ، بل عمل الناس عليه . لكن قال شيخنا في « حواشي الفروع » : إن كلامه في « الفروع » أظهر . وقال الحارثي : وما عدا المسجد من

(١) في النسخ والفروع : « الواقف » .

(٢) عبادة بن عبد الغني بن منصور الحراشي الدمشقي ، زين الدين ، أبو محمد ، فقيه مفتي ، شروطي ، تفقه على ابن تيمية ، وتقدم في الفقه ، وكان عالماً جيد الفهم ، صالحاً ديناً ، وكان على العقود والفسوخ ، ويكثر الكتابة في الفتاوى . توفي سنة تسع وثلاثين وسبع مائة . ذيل طبقات الحنابلة ٤٣٢/٢ ، ٤٣٣ .

(٣) انظر : ذيل طبقات الحنابلة ٤٣٣/٢ .

والأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلَى ، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ ، فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ
وإِبْدَالُهُ وَيَبِيعُ سَاحَتَهُ وَجَعْلُهَا سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ،
وَالْحَاجَةُ إِلَى سِقَايَةٍ [٢٣٤/٥] وَحَوَانِيتَ لَا تَعْطَلُ نَفْعَ الْمَسْجِدِ ، فَلَا يَجُوزُ

الأَوْقَافِ ، يُبَاعُ بَعْضُهُ لِإِصْلَاحِ مَا بَقِيَ . وَقَالَ : يَجُوزُ اخْتِصَارُ الْآيَةِ إِلَى أَصْغَرِ مِنْهَا ،
إِذَا تَعَطَّلَتْ ، وَإِنْفَاقُ الْفَضْلِ عَلَى الْإِصْلَاحِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ الْاِخْتِصَارُ ، اخْتَمَلَ جَعْلُهَا
نَوْعًا آخَرَ مِمَّا هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُبَاعَ ، وَيُضْرَفَ فِي آيَةٍ مِثْلِهَا ،
وَهُوَ الْأَقْرَبُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . الثَّانِيَّةُ ، حَيْثُ جُوزَ نَابِيعُ الْوَقْفِ ،
فَمَنْ يَلِي بَيْعَهُ ؟ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ ؛ كَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِيرِ ، وَالْمَدَارِسِ ، وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . فَإِنْ
كَانَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ وَنَحْوِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الَّذِي يَلِي الْبَيْعَ
الْحَاكِمُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعُوا [٢٥٣/٢] بِهِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ
« الرَّعَايَةِ » فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَالزَّرْكَشِيُّ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ . وَقَالَ :
نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ عَلَيْهِ ، إِنْ كَانَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ،
فَهَلْ يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ، أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، أَوِ الْحَاكِمُ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ،
يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : إِذَا تَعَطَّلَ الْوَقْفُ ، فَإِنَّ النَّاطِرَ
فِيهِ يَبِيعُهُ وَيَشْتَرِي بِمَنْعِهِ مَا فِيهِ مَنَفَعَةٌ تَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفَاتِحِ » : وَيَتَوَلَّى الْبَيْعَ نَاطِرُهُ الْخَاصُّ . حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، فَقَالَ : يَبِيعُهُ النَّاطِرُ فِيهِ . قَالَ فِي
« التَّلْخِصِ » : وَيَكُونُ الْبَائِعُ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي

صَرَفُهُ فِي ذَلِكَ . وَلَوْ جازَ جَعْلُ أَسْفَلِ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَحَوَانِيَتَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ ، لَجازَ تَخْرِيبُ الْمَسْجِدِ وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَحَوَانِيَتَ ، وَيَجْعَلُ بَدْلَهُ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ ، وَلَهُ مَنَارَةٌ ، فَرُخِصَ فِي تَقْضِيهَا ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

بَشْمِنِهِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَقْفِ نَاطِرٌ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ؛ فَقَالَ :
وَنَاطِرُهُ شَرْعًا يَلِي غَفْدَ بَيْعِهِ وَقِيلَ أَنْ يُعَيِّنَ مَالِكَ النِّفْعِ يُعْقَدُ^(١)

وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فَقَالَ : فَلِنَاطِرِهِ الْخَاصُّ بَيْعُهُ ، وَمَعَ عَدَمِهِ ، يَفْعَلُ ذَلِكَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . قُلْتُ : إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : بَلْ يَفْعَلُهُ مُطْلَقًا
الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ ، كَالْوَقْفِ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ :
حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، فَقَالَ : فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنْفَعَتُهُ ، فَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ التَّفَقُّعِ عَلَيْهِ ،
وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَصَرْفِ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ . وَكَذَا قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَابْنُ التَّنَائِي
فِي « عَقُودِهِ » ، وَابْنُ الْجَوَازِيِّ فِي « الْمُذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،
وَالسَّامَرِيُّ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَأَبُو الْمَعَالِي ابْنُ مُنْجَى فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَابْنُ
أَبِي الْمَجْدِيِّ فِي « مُصَنَّفِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، فَقَالَ : وَمَا بَطَلَ نَفْعُهُ ،
فَلَمَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ . قُلْتُ : إِنْ مَلَكَهُ . وَقِيلَ : بَلْ لِنَاطِرِهِ بَيْعُهُ بِشَرْطِهِ . انْتَهَى .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ ، يَلِيهِ الْحَاكِمُ . جَزَمَ بِهِ الْحَلَوَانِيُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَعْدِلُ » .

في « التَّبَصُّرَةِ » ، فقال : وإذا خَرِبَ الْوَقْفُ ، ولم يَرُدْ شَيْئًا ، أو خَرِبَ الْمَسْجِدُ وماحُوْلُهُ ، ولم يُتَبَقَّعْ به ، فلِلْإِمَامِ بَيْعُهُ وَصَرَفُ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ . انتهى . وقَدَّمَ هذا في « الْفُرُوعِ » . ونَصَرَهُ شَيْخُنَا فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » ، وَقَوَّاهُ بِأَدْلَةٍ وَأَقْبَسَهُ . وَعَمَلُ النَّاسِ عَلَيْهِ ، واختارَهُ الْحَارِثِيُّ . وهذا مِمَّا خَالَفَ الْمُصْطَلَحَ الْمُتَقَدَّمَ . فعلى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، لو عُدِمَ النَّظَرُ الْخَاصُّ ، فَقِيلَ : يَلِيهِ الْحَاكِمُ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَالْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ^(١) . وَذَكَرَهُ نَصُّ أَحْمَدَ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ^(٢) . وَقِيلَ : يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » أَيْضًا ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ، ^(٣) وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقْطَعٌ بِهِ الرَّزْكَانِيُّ ، وَحَكَاهُ عَنِ الْأَصْحَابِ . وَكَذَا مَا حَكَيْتَاهُ عَنْهُمْ ^(٤) . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَإِلَّا فَلَا . اخْتَارَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : وَلَعَلَّهُ مُرَادٌ مِنْ أُطْلِقَ .

تَنْبِيهِ : تَلَخَّصَ لَنَا مِمَّا تَقَدَّمَ فِي مَنْ يَلِي الْبَيْعَ طُرُقٌ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ وَنَحْوِهِ ، فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلِيهِ الْحَاكِمُ . قَوْلًا وَاجِدًا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ . وَالطَّرِيقُ الثَّانِي ، يَلِيهِ النَّظِيرُ ، إِنْ كَانَ ، ثُمَّ الْحَاكِمُ . وَهِيَ طَرِيقَتُهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ ، فَفِيهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْعِدَّة » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

طُرُقٌ للأصحاب ؛ أحدها ، يَلِيهِ النَّاطِرُ . قَوْلًا واحدًا . وهى طَرِيقَةُ الْمَجْدِرِ فى
 « مُحَرَّرِهِ » ، وَالزَّرَكَشِيِّ . وَعَزَاهُ إِلَى نَصِّ أَحْمَدَ ، وَاخْتِيَارِ الْأَصْحَابِ . وَالطَّرِيقُ
 الثَّانِي ، يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ^(١) . قَوْلًا واحدًا . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَطَعَ بِهِ فى
 « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَ « عُقُودِ ابْنِ الْبَنَّا » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
 وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « مُصَنَّفِ
 ابْنِ أَبِي الْمَجْدِرِ » ، كَمَا تَقَدَّمَ . الطَّرِيقُ الثَّلَاثُ ، يَلِيهِ الْحَاكِمُ . قَوْلًا واحدًا . وهى
 طَرِيقَةُ الْحُلُوتَانِيَّ فى « التَّبَصُّرَةِ » . الطَّرِيقُ الرَّابِعُ ، يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ، إِنْ كَانَ ،
 فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَيَلِيهِ الْحَاكِمُ . قَوْلًا واحدًا . وهى طَرِيقَةُ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » .
 الطَّرِيقُ الْخَامِسُ ، هَلْ يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ؛ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ ، أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؟ فِىهِ
 وَجْهَانِ . وهى طَرِيقَةُ النَّاطِرِ . الطَّرِيقُ السَّادِسُ ، طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الرَّعَايَةِ
 الصُّغْرَى » ، وهى ، هَلْ يَلِيهِ ^(١) الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ ، أَوْ إِنْ قُلْنَا :
 يَمْلِكُهُ . وَاخْتَارَهُ ، أَوِ النَّاطِرُ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ . الطَّرِيقُ السَّابِعُ ، هَلْ يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ
 عَلَيْهِ ؛ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ ، أَوِ النَّاطِرُ ؟ فِىهِ وَجْهَانِ . وهى طَرِيقَتُهُ فى « الْحَاوِى الصَّغِيرِ » .
 الطَّرِيقُ الثَّامِنُ ، طَرِيقَتُهُ فى « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ وهى ، هَلْ يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ،
 إِنْ كَانَ هُوَ الْمُقَدَّمُ ، أَوِ الْحَاكِمُ ؟ حَكَاهُ فى كِتَابِ الْوَقْفِ ، فِىهِ قَوْلَانِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
 لَهُ نَاطِرٌ خَاصٌّ ، فَهَلْ يَلِيهِ الْحَاكِمُ ؛ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ فى كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَذَكَرَهُ نَصُّ أَحْمَدَ ؟
 أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ وَهُوَ الْمُقَدَّمُ فى كِتَابِ الْوَقْفِ ؛ وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَاخْتَارَهُ ،
 عَلَى [٢٥٤/٢] ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ . الطَّرِيقُ التَّاسِعُ ، هَلْ يَلِيهِ الْحَاكِمُ مُطْلَقًا ؛ وَهُوَ
 الْمُقَدَّمُ ، أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وهى طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » .

(١) سقط من : الأصل .

الطَّرِيقُ العاشرُ ، يُلِيهِ النَّاطِرُ الخاصُّ ، إنْ كان . فإنْ لم يَكُنْ ، فهل يُلِيهِ الحَاكِمُ ، أو المَوْقُوفُ عليه ، إنْ قلنا : يَمْلِكُهُ ؟ على وَجْهَيْنِ مُتَلَقِّينِ . وهى طَرِيقَةٌ صَاحِبِ « الفائقِ » . فهذه اثنتا عشرة طَرِيقَةً ؛ اثنتان فيما هو على سُبُلِ الخِيَرَاتِ ونحوه ، وعَشْرَةٌ فى غيرِه .

الفائدة الثالثة : إذا بَاعَ الوَقْفُ واشْتَرَى بِذَلِهِ ، فهل يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ الشَّرَاءِ ، أم لا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ وَقْفِيَّتِهِ ؟ فيه وَجْهان . وذكرهما ابنُ رَجَبٍ فى « قَوَاعِدِهِ » عن بعضهم ، فيما إذا أَتَلَفَ الوَقْفَ مُتَلَفٌ ، وأُجِذَتْ قِيَمَتُهُ ، فاشْتَرَى بِهَا بِذَلِهِ . وأُطْلِقَهُمَا ؛ أَحَدُهُما ، يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ الشَّرَاءِ . قال الحَارِثِيُّ ، عندَ قولِ الْمُصَنِّفِ ، فى وَطْءِ الأُمَةِ المَوْقُوفَةِ : إذا أَوْلَدَهَا ، فعليه القِيَمَةُ يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا ، يَكُونُ وَقْفًا . ظاهرُهُ أَنَّ البَدَلَ يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ^(١) الشَّرَاءِ . انتهى . قلت : وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ هنا ؛ لا قِتْصَارَهم على بَيْعِهِ وشَرَاءِ بِذَلِهِ . وصرَّحَ به فى « التَّلْخِصِ » ، فقال فى كِتَابِ البَيْعِ : وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فى مِثْلِهِ ، وَيَصِيرُ وَقْفًا ، كَالأَوَّلِ .^(٢) وصرَّحَ به أَيْضًا فى « الرِّعَايَةِ » فى مَوْضِعَيْنِ ، فقال : فلنَاظِرُهُ الخاصُّ بَيْعَهُ وَصْرَفَ ثَمَنِهِ فى مِثْلِهِ أو بعضِ مِثْلِهِ ، وَيَكُونُ ما اشْتَرَاهُ وَقْفًا كَالأَوَّلِ^(٣) . وقال فى أَثْنَاءِ الوَقْفِ : فإنْ وَطِئَ ، فلا حَدَّ ، ولا مَهْرَ . ثم قال : وفى أُمِّ وَلَدِهِ تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وتُؤْخَذُ قِيَمَتُهَا مِنْ تَرَكَّتِهِ ، يُصْرَفُ فى مِثْلِهِ ، يَكُونُ بالشَّرَاءِ وَقْفًا مَكَانَهَا . وهذا صَرِيحٌ بلا شَكٍّ . وقال الحلَوَانِيُّ فى « كِفَايَةِ المُبْتَدِئِ »^(٤) : وإذا خَرِبَ الوَقْفُ ، وانْعَدَمَتْ مَنَفَعَتُهُ ، بَاعَ واشْتَرَى بِثَمَنِهِ ما يُرَدُّ على أَهْلِ الوَقْفِ ،

(١) فى ط ، ١ : « بنفسِ » .

(٢-٢) سقط من : ط .

(٣) فى الأصل ، ط : « كتابه المبتدئ » .

وكان وَقْفًا كالأَوَّلِ . وقال في « المَبْهَج » : وَيُشْتَرَى بِمَنْه ما يكونُ وَقْفًا . قال شيخنا ؛ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ابنُ قُندُسٍ البَغْلِيُّ ، في حَواشيه على « المُحَرَّرِ » : الذي يَظْهَرُ أَنَّهُ متى وَقَعَ الشَّرَاءُ لِجِهَةِ الوَقْفِ على الوَجْهِ الشَّرْعِيِّ ، وَلَزِمَ العَقْدُ ، أَنَّهُ يَصِيرُ وَقْفًا ؛ لأنَّهُ كالوَكِيلِ في الشَّرَاءِ ، والوَكِيلُ يَقَعُ شِراؤُهُ لِلْمُوَكَّلِ ، فكذا هذا يَقَعُ شِراؤُهُ لِلجِهَةِ الْمُشْتَرَى لها ، ولا يكونُ ذلك إِلَّا وَقْفًا . انتهى . وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانِي ، لأَبَدٍ مِنْ تَجْدِيدِ الوَقْفِيَّةِ . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّه قال : وَإِذَا خَرِبَ الوَقْفُ ، ولم يَرُدَّ شَيْئًا ، يَبِيعُ واشْتَرَى بِمَنْه ما يَرُدُّ على أَهْلِ الوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقْفًا كالأَوَّلِ . وهو ظاهرُ كلامِهِ في « المُجَرَّدِ » أَيضًا ؛ فَإِنَّه قال : يَبِيعُ وَصَرَفَ ثَمَنُهَا إلى شِراءِ دارٍ ، وتُجْعَلُ وَقْفًا مَكَانَهَا . قال الحَارِثِيُّ : وبِهِ أَقُولُ ؛ لأنَّ الشَّرَاءَ لا يَصْلُحُ سَبَبًا لإفادَةِ الوَقْفِ ، فلا بُدَّ لِلوَقْفِ مِنْ سَبَبٍ يُفِيدُهُ . انتهى . وأَمَّا الزَّرْكَاشِيُّ ، فَإِنَّه قال : وَمُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لا يَصِيرُ وَقْفًا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ ، بل لأَبَدٍ مِنْ إيقافِ النَّاطِرِ لَهُ ، ولم أَرِ الْمَسْأَلَةَ مُصَرَّحًا بِهَا ، وَقِيلَ : إِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ . انتهى .

الفائدةُ الرَّابِعَةُ : اقْتَصَرَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَاشِيُّ ، وَجَمَاعَةٌ على ظاهرِ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ أَنْ يُشْتَرَى مِنْ جِنْسِ الوَقْفِ الذي يَبِيعُ ، بل أَيُّ شَيْءٍ اشْتَرَى بِمَنْه مِمَّا يَرُدُّ على أَهْلِ الوَقْفِ ، جازَ . والذي قَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، أَنَّهُ يَصْرِفُهُ في مِثْلِهِ ، أو بَعْضُ مِثْلِهِ ، فَقَالَ : وَيَصْرِفُهُ في مِثْلِهِ ، أو بَعْضُ مِثْلِهِ ، قاله أَحْمَدُ . وقاله في « التَّلْخِصِ » وغيره ، كجِهَتِهِ . وقَدَّمَهُ الحَارِثِيُّ ، وقال : هو المَذْهَبُ . كما قال في الْكِتَابِ ، وَمَنْ عَدَاهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . ونَقَلَ أَبُو داوُدَ في

وَمَا فَضَّلَ [١٥٦] مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ جَاَزَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ،
وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ .

الشرح الكبير

٢٦٠١ - مسألة : (وما فَضَّلَ مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ) عن حاجته (جاز
صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ) وكذلك إن
فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ . قال أحمد ، في مَسْجِدٍ يُبْنَى فَيَبْقَى مِنْ
خَشْبِهِ أَوْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ ، قال : يُعَانُ بِهِ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . أَوْ

الإصناف

الْحَبِيسِ ، يُشْتَرَى مِنْهُ ، أَوْ يُتَّفَقُ ثَمَنُهُ عَلَى الدُّوَابِّ الْحَبِيسِ . الخامسة ، إذا بَاعَ
الْمَسْجِدَ ، وَاشْتَرَى بِهِ مَكَانًا يُجْعَلُ مَسْجِدًا ، فَالْحُكْمُ لِلْمَسْجِدِ الثَّانِي ، وَيَبْطُلُ
حُكْمُ الْأَوَّلِ . السادسة ، لا يَجُوزُ نَقْلُ الْمَسْجِدِ مَعَ إِمْكَانِ عِمَارَتِهِ دُونَ الْعِمَارَةِ
الْأُولَى . قَالَ فِي « الْفُنُونِ » ، وَقَالَ : أَقْبَى جَمَاعَةً بِخِلَافِهِ . وَغَلَطَهُمُ . السَّابِعَةُ ،
يَجُوزُ رَفْعُ الْمَسْجِدِ ، إِذَا أَرَادَ أَكْثَرُ^(١) أَهْلِهِ ذَلِكَ ، وَجُعِلَ تَحْتَ سُقْلِهِ سِقَايَةٌ
وَحَوَانِيتُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَأَخَذَ بِهِ الْقَاضِي . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ ، فِي كِتَابِ
الْجِهَادِ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَأُطْلِقَ الْوُجْهَيْنِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : فَإِنْ أَرَادَ أَهْلُ مَسْجِدٍ رَفْعَهُ عَنِ الْأَرْضِ ، وَجُعِلَ سُقْلُهُ سِقَايَةٌ
وَحَوَانِيتُ ، رُوِيَ أَكْثَرُهُمْ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ إِنْشَاءَهُ
كَذَلِكَ ، وَهُوَ أَوْلَى . انْتَهَى . وَاخْتَارَ هَذَا ابْنُ حَامِدٍ ، وَأَوَّلَ كَلَامَ أَحْمَدَ . وَصَحَّحَهُ
الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَرَدَّ هَذَا التَّأْوِيلَ بَعْضُ مُحَقِّقِي الْأَصْحَابِ مِنْ وَجْهِ
كَثِيرَةٍ . وَهُوَ كَمَا قَالَ .

قوله : وما فَضَّلَ مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ عَنْ حاجته ، جَاَزَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ،

(١) سقط من : ط .

كما قال . وقال المروزي : سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد^(١) ، إذا فصل منه الشيء ، أو الخشبة ، قال : يُتصدق به . وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت تُصدق بها . وقال في موضع آخر : قد كان شيبة يُصدق بخلقان الكعبة . وروى الخلال بإسناده ، عن علقمة ، عن أمه ، أن شيبة بن عثمان الحنفي جاء إلى عائشة ، رضى الله عنها ، فقال : يا أم المؤمنين ، إن ثياب الكعبة تكثر عليها ، فننزعها ، فتحفر لها آباراً فنذفها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب . قالت عائشة : بئس ما صنعت ، ولم تصب ، إن ثياب الكعبة إذا نزعتم لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ، ولكن لو بعتموها وجعلتم ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال : فكان شيبة يُبعث بها إلى اليمن ، فتباع ، فيصنع ثمنها حيث أمرته عائشة . وهذه قضية مثلها ينتشر ، ولم تنكر ، فتكون إجماعاً ، ولأنه مال الله تعالى ، لم يبق له مصرف ، فصرف إلى المساكين ، كالوقوف المنقطع .

والصدقة به على فقراء المسلمين . هذا المذهب ، نص عليه . وجزم به في الإناص

« الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، يجوز صرفه^(٢) في مثله دون الصدقة به . واختاره الشيخ تقي الدين ، وقال أيضاً : يجوز صرفه^(٣) في سائر المصالح ، وبناء مساكين لمستحق ريعه القائم

(١) بوارى المسجد : حصره .

(٢-٣) سقط من الأصل .

وَلَا يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ ،..... المقنع

٢٦٠٢ - مسألة : (ولا يجوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ) نصُّ عليه أحمدُ ، فقال : إن كانت غُرْسُ النَّخْلَةِ بعد أن صارَ مَسْجِدًا ، فهذه غُرْسٌ بغيرِ حقٍّ ، فلا أُجِبُّ الْأَكْلَ منها ، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجاز ؛ وذلك لأنَّ الْمَسْجِدَ لم يَبْنِ لهذا ، إِنَّمَا بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِي الْمَسْجِدَ وَتَمْنَعُ الْمُصَلِّينَ مِنَ الصَّلَاةِ فِي مَوْضِعِهَا ، وَيَسْقُطُ وَرَقُهَا فِي الْمَسْجِدِ وَثَمَرُهَا ، وَيَسْقُطُ عَلَيْهَا الطَّيْرُ وَتَبُولُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَرُبَّمَا اجْتَمَعَ الصَّبْيَانُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَجْلِهَا وَرَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لَيَسْقُطَ [٢٣٤/٥ ط] ثَمَرُهَا .

بِمَصْلَحَتِهِ . قال : وإنْ عَلِمَ أَنَّ رَيْعَهُ يَفْضُلُ عَنْهُ دَائِمًا ، وَجَبَ صَرْفُهُ ، ولا يجوزُ لغيرِ النَّاطِرِ صَرْفُ الْفَاضِلِ . انتهى . وقال في « الفائق » [٢٥٤/٢ ط] : وما فَضِّلَ مِنْ حُصْرِ الْمَسْجِدِ أَوْ زَيْتِهِ ، سَاعَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى جِيرَانِهِ . نصُّ عليه . وعنه ، على الْفُقَرَاءِ . وحكى الْقَاضِي فِي صَرْفِهِ وَمَنْعِهِ رِوَايَتَيْنِ . وكذا الْفَاضِلُ مِنْ جَمِيعِ رَيْعِهِ ، يُصْرَفُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . قال الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : وهو أَصَحُّ .

فائدة : قال الْحَارِثِيُّ : فَضْلَةُ غُلَّةِ الْمَوْقُوفِ عَلَى مُعَيَّنٍ ، يَتَعَيَّنُ إِزْصَادُهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَإِنَّمَا يَتَأْتِي فِيهَا إِذَا كَانَ الصَّرْفُ مُقَدَّرًا . وهو وَاضِحٌ .

قوله : ولا يجوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ . هذا الْمَذْهَبُ ، نصُّ عليه ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ،

فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً فِيهِ ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، ^{المقنع}

٢٦٠٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا) يَعْنِي
إِذَا كَانَتِ الشَّجَرَةُ فِي أَرْضٍ ، فَجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا وَالشَّجَرَةُ فِيهَا ،

و « الْمَذْهَبِ » ، و « مُسْبُوكِ الْمَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمَعْنَى » ، ^{الإنصاف}
و « الشَّرْحِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،
و « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَذَكَرَ فِي « الْإِرْشَادِ » ، و « الْمُبْتَهَجِ » ، أَنَّهُ
يُكْرَهُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : إِنْ غُرِسَتْ بَعْدَ وَقْفِهِ ، قُلِعَتْ ، إِنْ ضَيِّقَتْ
مَوْضِعَ الصَّلَاةِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَحْرُمُ غَرْسُهَا مُطْلَقًا . وَقِيلَ : إِنْ
ضَيِّقَتْ ، حَرَمٌ ، وَالْأَكْرَهُ . فَعِلَى الْمَذْهَبِ ، تُقْلَعُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ
غُرِسَتْ بَعْدَ وَقْفِهِ ، قُلِعَتْ . وَقِيلَ : إِنْ ضَيِّقَتْ مَوْضِعَ الصَّلَاةِ ، وَالْأَفْلَا . وَتَقَدَّمَ
كَلَامُهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، يَكُونُ تَمَرُهَا الْمَسَاكِينُ أَهْلُ
الْمَسْجِدِ . قَالَ فِي « الْإِرْشَادِ » : قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ : وَالْأَقْرَبُ
جَلُّهُ لغيرِهِمْ مِنَ الْمَسَاكِينِ أَيْضًا . وَقَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : هِيَ ^(١) لِلْمَالِكِ
الْأَرْضِ الْمَعْرُوسِ بِهَا غَضَبًا . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً فِيهِ ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا . يَعْنِي ، إِذَا كَانَتْ مَعْرُوسَةً
قَبْلَ بَنَائِهِ ، أَوْ وَقَفَافًا مَعَهُ . فَإِذَا وَقَفَافًا مَعَهُ ، وَعَيْنٌ مَضْرُفُهَا ، عَمِلَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعَيْنِ
مَضْرُفُهَا ، كَانَ حُكْمُهَا حُكْمُ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ
الْمُصَنِّفُ هُنَا : جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا ، وَهَذَا مِنْصُوصٌ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . وَقَدَّمَهُ

(١) سقط من : ط .

المنع رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا لَمْ تَكُنْ بِالْمَسْجِدِ حَاجَةً إِلَى ثَمَنِهَا ، فَإِنْ اِخْتِاجَ صُرِفَ ذَلِكَ فِي عِمَارَتِهِ .

الشرح الكبير

فلا بأس . قال أحمد في موضع : لا بأس . يعني أن يبيعها من الجيران . وقال في رواية أبي طالب ، في التَّيَقَّةِ ^(١) : لا تُباع ، وتُجعل للمُسلمين وأهل الدَّرب يأكلونها . وذلك ، والله أعلم ، لأنَّ صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والشَّجرة فيها ، فقد وقف الأرض والشَّجرة معاً ، ولم يُعَيَّن مَصْرُفُهَا ، فصارت كالوقوف المطلق الذي لم يُعَيَّن له مَصْرُفٌ . وقد ذكرنا أنَّه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها : هذه وقفت على المسجد . فينبغي أن تُباع ثمرتها وتُصرف إليه ، كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب : عندي أنَّ المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة الشَّجرة ، بيعت ، وصُرِفَتْ في عِمَارَتِهِ . وقول ^(٢) أحمد : يأكلها الجيران . محمولٌ على أنَّهم يَعْمُرُونَهُ ، فإنَّ اسْتِغْنَى الْمَسْجِدُ عَنْهَا ، فلا بأس بالأكل منها . والله سبحانه وتعالى أعلم .

الإنصاف

في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقال في « الهِدَايَةِ » ، بعد أن قدَّم المَنْصُوصَ : وعندي أنَّ هذه الرُّوَايَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَسْجِدِ حَاجَةً إِلَى ثَمَنِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْجِرَانَ يَعْمُرُونَهُ وَيَكْسُونَهُ . وقطع بما حمَّله عليه أبو الخطاب في « المَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْفَاتِي » . واعلم أنَّ جماعةً مِنَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِهِ ، وَإِنْ اسْتِغْنَى عَنْهَا ،

(١) في م : : النفقة .

(٢) في م : قال .

فلجاره أكل ثمره . نص عليه . وجزم به في « الفائق » وغيره . وقال جماعة : إذا استغنى عنها المسجد ، فلجاره ولغيره الأكل منها . وقيل : يجوز الأكل للجار الفقير . وقيل : يجوز للفقير مطلقاً . قدمه في « الرعاية الكبرى » ، فقال : وثمرها لفقراء الدرب . وتقدم في آخر الاغتكاك ، هل يجوز البيع والشراء في المسجد أو يحرّم ؟ وهل يصح أو لا ؟

فائدة : يحرّم حفر بئر في المسجد ، فإن فعل ، طم . نص عليه في رواية المروزي . وقدمه في « الفروع » . وقال في « الرعاية الكبرى » في إحياء الموات . لم يكره أحمد حفرها فيه . ثم قال : قلت : بلى ، إن كره الوضوء فيه . انتهى . وقال الحارثي ، في الغضب : وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة ، فعليه ضمان ما تلف بها ، لأنه ممنوع منه ، إذ المنفعة مستحقة للصلاة ، فتعطيلها عُدوان . ونص على المنع من رواية المروزي . ويحتمل أنه كالحفر في السابلة ؛ لا شترالك المسلمين في كل منهما ، فالحفر في إحداهما كالحفر في الأخرى ، فتجري فيه رواية ابن ثواب ، بعدم الضمان . انتهى .

فائدة : قال في « الفروع » : وإن بنى أو غرس ناظر في وقف ، توجّه أنه له ، إن أشهد ، وألا للوقف ، ويتوجّه في أجنبي بنى أو غرس ، أنه للوقف بينه . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : يد الواقف ثابتة على المتصل به ، ما لم تأت حجة تدفع موجبها ؛ كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحكم إجارة أو إعارة أو غضب . ويد المستأجر على المنفعة ، فليس له دغوى البناء بلا حجة ، ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك ، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ، ونحوه .

فهرس الجزء السادس عشر من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

باب الودیعة

- فائدة : الودیعة عبارة عن توكل لحفظ مال
غيره تبرعاً بغير تصرف ... ٥
- ٢٤٣٢ - مسألة : (وهى أمانة لا ضمان عليه فيها ، إلا أن
يتعدى . وإن تلفت من بين ماله ، لم
يضمن ، فى أصح الروايتين) ٧ - ٩
- فائدة : لو تلفت مع ماله من غير تفريط ، فلا
ضمان عليه ... ٨
- فصل : فإن شرط المودع على المستودع
ضمان الودیعة ، فقیله ، أو قال : أنا
ضامن لها . لم يضمن ... ٩
- ٢٤٣٣ - مسألة : (ويلزمه حفظها فى حرز مثلها) ٩ ، ١٠
- ٢٤٣٤ - مسألة : (وإن عین صاحبها حرزاً ، فجعلها فى
دونه ، ضمن) ١٠
- ٢٤٣٥ - مسألة : (وإن أحرزها فى مثله ، أو فوقه ، لم
يضمن) ١١
- تنبيه : قال الحارثى : لا فرق ، فيما ذكر ،
بين الجعل أولاً ، فى غير المعین ،
وبين النقل إليه ... ١٢
- ٢٤٣٦ - مسألة : (وإن نهاه) المالك (عن إخراجها)
فأخرجها (لغشيان شيء الغالب منه

- ١٢ - ١٤ (التوى ، لم يضمن)
 فائدة : لو تعذر الأمثل والمائل ، والحالة
 هذه ، فلا ضمان ... ١٤
- ٢٤٣٧ - مسألة : (فإن قال : لا تخرجها وإن خفت عليها .
 فأخرجها عند الخوف ، أو تركها ، لم
 يضمن) ١٥ ، ١٦
- فصل : إذا أخرج الوديعة المنهى عن
 إخراجها ، قتلته ، ... ١٥
- فصل : ولو أمره أن يجعلها في منزله ،
 فتركها في ثيابه ، وخرج بها ،
 ضمنها ؛ ... ١٦
- تنبيه : ظاهر كلامه ، أنه لو أخرجها من غير
 خوف ، أنه يضمن ... ١٦
- ٢٤٣٨ - مسألة : (وإن أودعه بهيمة ، فلم يعلقها حتى
 ماتت ، ضمنها ، إلا أن ينهائى المالك عن
 علقها) ١٧ - ٢٠
- فوائد ؛ منها ، لو أمره بعلقها ، لزمه ذلك
 مطلقاً ... ١٨
- ومنها ، لو نهائى عن علقها ، انتفى
 وجوب الضمان بالنسبة إلى
 حظ المالك ، ... ١٨
- ومنها ، إن كان إنفاقه عليها بإذن
 ربها ، فلا كلام ... ١٨
- ومنها ، لو خيف على الثوب العت ،
 وجب عليه نشره ، ... ٢٠

- فصل : فإن ناه المالك عن علفها وسقيها ،
 ١٩ لم يجوز له ترك علفها ؛ ...
 ٢٤٣٩ - مسألة : (وإن قال : اترك الوديعة في جيئك .
 ٢٥ - ٢١ فتركها في كُمِّه ، ضمن)
 فوائد تتعلق بحفظ الوديعة ومخالفة المُستودع
 صاحب الوديعة ، بعدم حفظها في
 الموضع الذى طلبه منه وحكم
 الضمان . ٢٥ - ٢٢
 فصل : وإن أمره أن يجعلها في صندوق ،
 وقال : لا تقفل عليها ، ولا تنم
 فوقها . فخالفه ، ... ٢٤
 فصل : وإن قال : اجعلها في هذا البيت ،
 ولا تدخله أحدًا . فأدخل إليه
 قومًا ، فسرقها أحدهم ،
 ضمناها ؛ ... ٢٥
 ٢٤٤٠ - مسألة : (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله ؛
 ٢٦ كزوجته ، أو عبده ، لم يضمن) .
 فوائد تتعلق بحكم ردّ الوديعة إلى كل من
 زوجة المُودع أو عبده ، أو ولده ،
 أو شريكه ، وحكم الاستعانة
 بالأجانب في حملها ونقلها وسقى
 الدابة وعلفها . ٢٧ ، ٢٦
 ٢٤٤١ - مسألة : (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ، ضمن ،
 وليس للمالك مطالبة الأجنبي . وقال
 ٢٩ - ٢٧ القاضى : له ذلك)

- ٢٤٤٢ - مسألة : (وإن أراد سفرًا ، أو خاف عليها عنده ،
 ٣٠ رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا)
- ٢٤٤٣ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ
 ٣٣ - ٣١ لَهَا)
- تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ظَاهِرُ قَوْلِهِ : فَإِنْ لَمْ
 يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ ،
- ٣١ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ...
- الثَّانِي ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ
 إِذَا اسْتَوَى عَلَيْهِ الْأَمْرَانِ فِي
 الْخَوْفِ مَعَ الْإِقَامَةِ وَالسَّفَرِ ،
- ٣١ أَنَّهُ لَا يَحْمِلُهَا مَعَهُ ...
- فَوَائِدُ تَتَعَلَّقُ بِحُكْمِ السَّفَرِ بِالْوَدِيعَةِ ، وَتَلْفِهَا
 بِالسَّفَرِ ، وَحُكْمِ رَجُوعِهِ بِمَا أَنْفَقَ
 ٣٢ عَلَيْهَا .
- ٢٤٤٤ - مسألة : فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا وَلَا وَكِيلَهُ ، فَلَهُ دَفْعُهَا إِلَى
 ٣٣ ، ٣٤ الْحَاكِمِ ، ...
- فَائِدَةٌ : الْوَدَاعُ الَّذِي جُهِلَ مُلَاكُهَا يَجُوزُ
 ٣٤ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِدُونِ حَاكِمٍ ...
- ٢٤٤٥ - مسألة : (فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثَقَّةً ، أَوْ دَفَنَهَا
 ٣٦ - ٣٤ وَأَعْلَمَ بِهَا ثَقَّةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، ...)
- فَصْلٌ : وَإِنْ حَضَرَ الْمَوْتُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ
 ٣٥ السَّفَرِ ، ...
- فَائِدَةٌ : حُكْمُ مَنْ حَضَرَ الْمَوْتُ حُكْمُ مَنْ
 ٣٥ أَرَادَ سَفَرًا ، ...
- تَنْبِيْهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ إِذَا تَبَرَّمَ

- بالوديعة ، فليس له الدفع إلى
 ٣٦ غير المودع أو وكيله ؛ ...
- ٢٤٤٦ - مسألة : (وإن تعدى فيها ، فركب الدابة لغير
 نفعها ، ولبس الثوب) أو أخذ الوديعة
 ليستعملها ، ... (ثم ردّها) ... ،
 ٣٧ ، ٣٦ ضمناها ؛ ...
- ٢٤٤٧ - مسألة : فإن (جحدّها ثم أقرّ بها) فطلفت ،
 ٣٨ ، ٣٧ ضمناها ؛ ...
- ٢٤٤٨ - مسألة : فإن (كسر ختم كيسها) أو كانت
 ٣٨ مشدودة فعل الشدّ ، ضمن ، ...
- ٢٤٤٩ - مسألة : وإن (خلطها بما لا تتميز منه ، ضمناها)
 ٣٩ ، ٣٨ فائدة : لو اختلطت الوديعة بغير فعله ،
 ٣٩ ثم ضاع البعض ، ...
- ٢٤٥٠ - مسألة : (وإن خلطها بمُتميّز ، أو ركب الدابة
 ٤٠ ليسقيها ، لم يضمن)
- ٢٤٥١ - مسألة : (وإن أخذ درهما ثم ردّه ، فضاع الكل ،
 ٤١ - ٤٥ ضمنه وحده)
- فصل : وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو
 بالجحد ، ثم ردّها إلى صاحبها ،
 ٤٣ زال عنه الضمان ، ...
- فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير مُتميّز ،
 ٤٣ وتلف نصف المال ، فقليل ...
- تنبيهات ؛ الأول ، قال الزركشى : إذا ردّ
 بدل ما أخذ ،
 فللأصحاب في ذلك
 ٤٤ طرق ؛ ...

الثاني ، شَرَطَ القاضى فى «المجرد» ،

... ، أن تكون الدراهم

ونحوها غير مختومة ولا

مشلودة ، ... ٤٤

الثالث ، قوة كلام المصنف وغيره

تقتضى أنه لا يضمن

بمجرد نية التعدى ، ... ٤٥

٢٤٥٢ - مسألة : (وإن أودَّعه صبي ودیعة ، ضمنها ،

ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه) ٤٥ ، ٤٦

فائدة : لو أخذ الودیعة من الصبي تخليصاً لها

من الهلاك ، على وجه الحسبة ، ... ٤٥

٢٤٥٣ - مسألة : (وإن أودع الصبي) أو المعنوه (ودیعة ،

فتلفت بتفريطه ، لم يضمن) ٤٧ ، ٤٦

فائدة : المجنون كالصبي ... ٤٧

٢٤٥٤ - مسألة : (وإن أودع عبداً ودیعة فأتلفها) ٤٨ - ٥١

تنبيه : قيل : إن الوجهين اللذين فى العبد

مبنیان على الوجهين فى الصبي ... ٤٨

فصل : وإذا أودعه شيئاً ، ثم سأله دَفَعَهُ إليه

فى وقتٍ أمكنه ذلك ، فلم يفعل

حتى تلف ، ضمنه ... ٤٩

فائدة : المدبِّر ، والمكاتب ، والمعلق عتقه

على صفة ، وأُمُّ الولد ، كالقنِّ فيما

تقدم ... ٤٩

فصل : وليس على المُسْتَوْدَعِ مؤنة الرَّدِّ

وحملها إلى ربها ، إذا كانت مما

٥٠. لحملها مؤنة ، ...
- فصل : إذا مات الرجل ، وثبت أن عنده
ودیعة لم توجد بعینها ، فهي دين
عليه ، تُقْرَم من تركته ، ...
٥٠. فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (والمودّع
أمين ، والقول قوله فيما يدّعيه من
ردّ أو تلف أو إذن في دفعها إلى
إنسان)
- ٥١ تنبيه : محل هذا إذا لم يتعرّض لذكر سبب
التلف ؛ ...
- ٥٢ فائدة : لو منع المودّع - بفتح الدال -
صاحب الوديعة منها ، أو مطلقه بلا
عذر ، ثم ادّعى تلفا ، لم يُقبل إلا
ببينة ...
- ٥٣ فائدتان ؛ إحداهما ، لو ادّعى الأداء إلى
وارث المالك ، لم يُقبل
إلا ببينة ...
- ٥٤ الثانية ، لو ادّعى الأداء على يد
عبده ، أو زوجته ،
أو خازنه ، فكمدعوى
الأداء بنفسه...
- ٥٤ فائدة : هل يحلف مدّعى الرد والتلف
والإذن في الدفع إلى الغير ، ومنكر
الجنایة والتفريط ، ونحو ذلك ؟ ...
- ٥٥ ٢٤٥٥ - مسألة : (وإن قال : لم تودعني . ثم أقرّ بها ، أو

- ثبتت بيّنة ، ثم ادعى الرد أو التلف ،
 ٥٥ - ٥٧ لم يُقبل (قوله) وإن أقام به بيّنة ...)
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو شهدت بيّنة بالتلف
 أو الرد ، ولم تُعيّن ،
 هل ذلك قبل جحوده
 أو بعده ؟ واحتمل
 الأمرين ، لم يسقط
 ٥٦ الضمان ...
 الثانية ، لو قال : لك ودیعة . ثم
 ادّعى ظنّاً بقائها ، ثم
 علم تلفها ، أو ادعى الرد
 إلى ربها ، فأنكره ورثته ،
 ٥٦ فهل يُقبل قوله ؟ ...
 ٢٤٥٦ - مسألة : (وإن قال : مالك عندي شيء . قبل قوله
 ٥٨ ، ٥٧ في الرد والتلف)
 فصل : فإن نوى الخيانة في الوديعة بالجحود
 أو الاستعمال ، ولم يفعل ذلك ، لم
 ٥٨ يصير ضامناً ؛ ...
 ٢٤٥٧ - مسألة : (وإن مات المودّع ، فادعى وارثه
 ٥٩ التسليم ، لم يقبل إلا بيّنة)
 ٢٤٥٨ - مسألة : (فإن تلفت عنده قبل إمكان ردّها ، لم
 ٦٢ - ٥٩ يضمها)
 فائدة : إذا حصل في يده أمانة بدون رضا
 صاحبها ، وجبت المبادرة إلى
 ٦٠ ردّها ، ...
 فصل : إذا مات المودّع وعنده وديعة معلومة
 ٦١ بعينها ، ...

- فصل : ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميِّت
 أو ورثته ، أو بيّنة ... ٦٢
 فائدة جليلة : تثبت الوديعة بإقرار الميت ،
 أو ورثته ، أو بيّنته ... ٦٢
 ٢٤٥٩ - مسألة : (وإن ادعى الوديعة اثنان ، فأقر بها
 لأحدهما ، فهي له مع يمينه) ٦٣ ، ٦٤
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو تبين للمقرّ بعد
 الاقتراع أنها
 للمقروع ، ... ٦٤
 الثانية ، لو دفع الوديعة إلى من
 يظنه صاحبها ، ثم تبين
 خطؤه ، ضمنها
 لتفريطه ... ٦٤
 ٢٤٦٠ - مسألة : (وإن أقرّ بها لهما) جميعاً ، فهي
 بينهما ، ... (وإن قال : لا أعرف
 صاحبها) ... ٦٥ - ٦٧
 فائدة : إذا قامت البيّنة بالعين لأخذ القيمة ،
 سُلمت إليه ، ورُدّت القيمة إلى
 المودّع ، ولا شيء للقارِع ... ٦٧
 ٢٤٦١ - مسألة : (وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً ،
 فطلب أحدهما نصيبه ، سلّمه إليه) ٦٨
 ٢٤٦٢ - مسألة : (وإن غُصبت الوديعة ، فهل للمودع
 المطالبة بها ؟ على وجهين) ٦٨ - ٧٣
 فوائد تتعلق بقياس حُكَم المضارب والمرتبّهين
 والمستأجر في المطالبة ، إذا غُصِبَ

منهم ما بأيديهم بالموذع ، وحكم
إكراه الموذع على دفعها لغير ربها ،
وحكم تأخير الموذع ردّ الوديعة بعد
طلبها بلا عذر ، وعدم ردها إلى وكيل
الموذع بعد أمره به وتمكنه منه ،
وتأخيرها دفع مالٍ أمر بدفعه بلا عذر . ٦٩ - ٧٣

باب إحياء الموات

- (وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَم أنها
مُلكت) ٧٥
- ٢٤٦٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثارُ الْمَلِكِ وَلَا يُعْلَمُ هَا
مَالِكٌ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ) ٧٧ - ٨١
- تنبيه : لفظ المصنف وغيره ، يقتضى تعميم
الخلاف فى المندرس بدار الإسلام
وبدار الحرب ، ... ٧٩
- فائدتان : إحداهما ، لو ملكها مَنْ له حرمة ،
أَوْ مَنْ يُشْكُ فِيهِ وَلَمْ
يُعْلَم ، لَمْ يَمْلِكْ
بالإحياء . ٨١
- الثانية ، لو عُلِمَ مالُهَا ، ولكنه
مات وَلَمْ يُعْقَبْ ، ... ٨٢
- ٢٤٦٤ - مسألة : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) ٨٢ - ٨٦
- فصل : ولا فرق بين المسلم والذمى فى
الإحياء . ٨٤
- تنبيه : ظاهر قول المصنف : فى دار الإسلام

- ٨٥ . وغيرها .
- فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم
٨٦ وعرفات بإحيائه ؟ ...
- ٨٧ ٢٤٦٥ - مسألة : ويملكه (بإذن الإمام وغير إذنه)
- ٢٤٦٦ - مسألة : (إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي
٨٨ ، ٨٧ صلحوها عليها)
- ٢٤٦٧ - مسألة : (وما قُرب من العامر وتعلق بمصالحه ، لا
٩٢ - ٨٨ يملك بالإحياء ...)
- فوائد تتعلق بحكم إقطاع ما قُرب من
العامر ، والاختلاف في الطريق وقت
الإحياء ، وإذا نَصَبَ الماء عن جزيرة ،
وما غلب الماء عليه من الأملاك .
- ٩٢ - ٨٩ واستبحر .
- ٢٤٦٨ - مسألة : (ولا تَمْلِكُ المعادن الظاهرة ؛ ... ،
٩٦ - ٩٢ بالإحياء ، وليس للإمام إقطاعه)
- تنبيهان ؛ أحدهما ، مفهوم قوله : ولا تملك
المعادن الظاهرة ؛ ... أن
٩٢ المعادن الباطنة تملك ...
- التنبيه الثاني ، مفهوم قوله عن
المعادن الظاهرة :
وليس للإمام
٩٤ إقطاعه ...
- فائدة : حكم المعادن الباطنة إذا كانت
ظاهرة ، حكم المعادن الظاهرة
٩٤ الأصل .

- فصل : فأما المعادن الباطنة ، ... ، فإن
كانت ظاهرة ، لم تملك أيضا
٩٥ بالإحياء ؛ ...
تنبيه : مثل المصنف وجماعة ، رحمهم الله ،
٩٥ من المعادن الظاهرة بالملح ...
٢٤٦٩ - مسألة : (فإن كان بقرب الساحل موضع إذا
حصل فيه الماء صار ملحاً ، مُلك بالإحياء ،
٩٦ وللإمام إقطاعه)
٢٤٧٠ - مسألة : (وإذا ملك المُحيا ، ملك ما فيه من
المعادن الباطنة ، كمعادن الذهب
٩٧ والفضة)
٢٤٧١ - مسألة : (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار
٩٨ أو كلاً أو شجر ، فهو أحقُّ به)
٢٤٧٢ - مسألة : ويلزمه بذل (ما فضل من مائة لبائهم
٩٩ - ١١١)
فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم
يصل إلى التَّيْل ، صار أحقُّ به ،
١٠١ كالتحجر الشارع في الإحياء ...
فصل : ومن ملك معدناً ، فعمل فيه غيره
١٠٢ بغير إذنه ، ...
فوائد : الأولى ، حيث قلنا : لا يلزمه بذله .
جازه يبيعه بكيل ، أو وزن
معلوم ، ويحرم بيعه مقدراً
بمدة معلومة خلافاً
١٠٢ للمالك ...

- الثانية ، إذا حفر بئراً بمواتٍ
للسابلة ، فالناس
مشترون في مائها ،
والخافر كأحدهم في السقى
والزرع ، والشرب ... ١٠٣
- الثالثة ، لو حفرها ارتفاعاً ؛ كحفر
السفارة في بعض المنازل ،
... ، فالبئر ملكٌ لهم... ١٠٤
- الرابعة ، لو حفر تملكاً ، أو بملكه
الحى ، فنفس البئر ملك
له ... ١٠٦
- فصل : إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة
أذرع في دور كذا بدينار ،
صح ؛ ... ١٠٤
- فصل : وما نضب عنه الماء من الجزائر ، لم
يملك بالإحياء . ١٠٥
- فصل : قال ، رحمه الله : (وإحياء الأرض
أن يحوّزها بمخاطط ، أو يجرى لها
ماء) ... ١٠٦ - ١١٠
- تنبيه : قوله : أو يجرى لها ماء ... ١٠٨
- فائدة : فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها
إلا بحبس الماء عنها ، كأرض
البطائح ، ونحوها ، فأحيائها بسد
الماء عنها ، ... ١٠٩
- ٢٤٧٣ - مسألة : (وإن حفر بئراً عاديةً ، ملك حريمها

- خسین ذراغاً . وإن لم تكن عادِيَّةً ،
 ١١٧-١١٨ فحريمها خمسة وعشرون ...) .
 فائدة : البئر العادية ، بتشديد الياء ؛ وهى
 ١١٤ القديمة ...
 فوائد تتعلق بحريم العين ، وحريم النهر ،
 وحريم القناة ، وحريم الشجر ،
 ١١٥-١١٤ وحريم الأرض .
 فائدتان ؛ إحداهما ، قال فى المغنى ، ومن
 تابعه : إن سبق إلى
 ١١٦ شجر مباح ؛ ...
 الثانية ، لو أذن لغيره فى عمله فى
 ١١٦ معدنه ، ... ، صح ؛ ...
 ٢٤٧٤ - مسألة : (وقيل : حريمها قدر مدّ رشايتها من كل
 ١١٧ جانب)
 ٢٤٧٥ - مسألة : (وقيل : إحياء الأرض ما عُدَّ إحياءً ،
 وهو عمارتها بما تنبت به لما يراد منها) ١١٧-١٢٠
 فصل : ولا بد أن تكون البئر فيها ماء ، ... ١١٨
 فصل : وإذا كان لإنسان شجرة فى موات ،
 ١١٨ فله حريمها قدر ...
 فصل : ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر
 آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء
 البئر الأولى ، فليس له ذلك ، ... ١١٩
 ٢٤٧٦ - مسألة : (ومن تحجر مواتاً ، لم يملكه ، ...) ١٢٠-١٢٢
 تنبيه : قال الحارثى عن القول الذى حكاه
 المصنف : قد يراد إفادة التحجير
 ١٢١ للملك ، ...

- ٢٤٧٧ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ
 ١٢٢ تَحْيِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تَتْرَكَهُ)
 فائدة : تحجر الموات ؛ هو الشروع في
 ١٢٢ إحيائه ، مثل ...
 ٢٤٧٨ - مسألة : (فَإِنْ طَلَبَ الْإِمَهَالُ ، أَمَهَلَ) ... ١٢٣ - ١٣٠
 تنبيه : فائدة الإمهال انقطاع الحق بمضى
 ١٢٣ المدة على الترك ...
 فصل : فَإِنْ ضُرِبَ لِلْمُتَحَجِّرِ مَدَّةٌ ،
 فانقضت المدة ولم يعمر ، فلغيره أن
 ١٢٥ يعمره ويملكه ؛ ...
 فائدتان ؛ الأولى ، لو أحياه غيره قبل ضرب
 ١٢٥ مدة المهلة ، لم يملكه .
 الثانية ، قال في الفروع بعد أن
 ١٢٥ ذكر الخلاف المتقدم : ...
 فصل : (وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يَحْيِيهِ ،
 ١٢٦ وَلَا يَمْلِكُ بِالْإِقْطَاعِ ، ...)
 فصل : وقد روى وائل بن حُجْر ، أن
 ١٢٨ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، للإمام إقطاع غير
 الموات تَمْلِكًا
 ١٢٨ وانتفاعًا ، ...
 الثانية ، قَسَمَ الْأَصْحَابُ الْإِقْطَاعِ
 ١٢٨ ثلاثة أقسام ؛ ...
 ٢٤٧٩ - مسألة : (وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرِيقِ
 الواسعة ...)
 ١٣٠ ، ١٣١

- تنبيه : تجويز المصنف إقطاع الجلوس
 ١٣٠ ... برحاب المسجد اختيار منه ؛
 ٢٤٨٠ - مسألة : (فإن لم يقطعها ، فلمن يسبق الجلوس
 فيها ، ...)
 ١٣١ - ١٣٣
 ٢٤٨١ - مسألة : فإن طال مقامه ، منع ، في أحد
 الوجهين ؛ ...
 ١٣٣ ، ١٣٤
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه لا يفتقر
 في الجلوس في هذه الأمكنة إلى إذن
 الإمام في ذلك ، ...
 ١٣٣
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو أجلس غلامه أو
 أجنبيًا ، ليجلس هو إذا
 عاد إليه ، فهو كما لو
 ترك المتاع فيه ؛ ...
 ١٣٣
 الثانية : له أن يظل على نفسه بما
 لا ضرر فيه ، ...
 ١٣٣
 ٢٤٨٢ - مسألة : (وإن سبق اثنان) إليه ، احتمل أن
 يقرع بينهما ، ...
 ١٣٤ - ١٣٦
 ٢٤٨٣ - مسألة : (وإن سبق إلى معدنٍ ، فهو أحق بما
 ينال منه)
 ١٣٦
 ٢٤٨٤ - مسألة : (وهل يمنع إذا طال مقامه) للأخذ
 (على وجهين) .
 ١٣٦ - ١٣٨
 فائدة : لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن
 مباح ، ... ، أنه يقرع بينهما ...
 ١٣٧
 ٢٤٨٥ - مسألة : (ومن سبق إلى مباح ؛ كصيد ، ...)
 (وما ينبذه الناس رغبة عنه) ... (فهو
 أحق به)
 ١٣٨ - ١٤١

- تنبيه : فعلى المذهب ، قال الحارثي : إنما يتأق هذا في المنضبط الداخل تحت اليد ؟ ... ١٣٩
- فائدة : وكذا الحكم في السبق إلى الطريق ... ١٤٠
- فائدتان ؛ إحداها ، لو ترك دابته بفلاة ، ... ١٤٠
- ملكها أخذها ... ١٤٠
- الثانية ، لو ألقى متاعه في البحر خوف الغرق ، ... ١٤٠
- ٢٤٨٦ - مسألة : (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ، كمياه الأمطار ، فلمن في أعلاه أن يسقى ويحسب الماء ...) ١٤١ - ١٤٥
- فائدتان ؛ إحداها ، لو استوى اثنان في القرب من أول النهر ، اقتسما الماء بينهما . إن أمكن ، ... ١٤٤
- الثانية ، لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانيًا ، قبل انتهاء سقى الأراضي ، لم يكن له ذلك ... ١٤٥
- ٢٤٨٧ - مسألة : (فإن أراد إنسان إحياء أرض) ليسقيها من ماء النهر (جاز ، ...) ١٤٥ - ١٥٥
- فصل : الضرب الثاني ، الجارى في نهر مملوك ، وهو قسمان ؛ ... ١٤٧
- فائدة : لو كان الماء بنهر مملوك ، ... ١٤٧
- فما حصل فيه ملكه ... ١٤٧

- فصل : وإذا حصل نصيب إنسان في ساقيته ،
 فله أن يسقى به ما شاء من
 الأرض ، ... ١٥٠
- فصل : ولكل واحد منهم أن يتصرف في
 ساقيته المختصة به ... ١٥١
- فصل : وإن قسموا ماء النهر المشترك
 بالمهاياة ، جاز ، ... ١٥٢
- فصل : القسم الثاني : أن يكون منبع الماء
 مملوكًا ، ... ١٥٣
- فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركًا
 بين جماعة ، فأرادوا إكراءه ، ...
 كان ذلك عليهم على حسب ملكهم
 فيه ، ... ١٥٤
- ٢٤٨٨ - مسألة : (وللإمام أن يحمي) أرضًا من الموات ،
 ترعى فيها دواب المسلمين ... ١٥٥ - ١٥٨
- ٢٤٨٩ - مسألة : (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه) ١٥٨ - ١٦٠

باب الجمالة

- ٢٤٩٠ - مسألة : (وهي أن يقول : من رد عبدي ، أو
 لقطتي أو بنى لي هذا الخائط ، فله كذا) ١٦٢
- فائدة : قوله ، وهي أن يقول : من ردَّ
 عبدي ، أو لقطتي ، أو بنى لي
 هذا الخائط ، فله كذا ١٦٢
- تنبيه : قوله : من ردَّ عبدي . يقتضى
 صحة العقد في رد الآبق ... ١٦٢

الصفحة

- ٢٤٩١ - مسألة : (فمن فعله بعد أن بلغه الجعل ،
استحقه) ... ١٦٣ ، ١٦٤
فائدة : الجعالة نوع إجارة ؛ ... ١٦٣
فائدة : لو ردّه من نصف الطريق المعينة ، أو
قال : من ردّ عبدي . فرد أحدهما ،
... ١٦٣
٢٤٩٢ - مسألة : (وإن فعله جماعة ، فهو بينهم) ١٦٤ - ١٦٦
فصل : وإن قال : من ردّ عبدي من بلد
كذا ، فله دينار ... ١٦٥
٢٤٩٣ - مسألة : (وإن فعله قبل ذلك لم يستحقه ، ...) ١٦٦
٢٤٩٤ - مسألة : (وتصح على مدة مجهولة ، وعمل مجهول ،
إذا كان العوض معلوماً) ١٦٧ - ١٧١
فصل : وكل ما جاز أن يكون عوضاً في
الإجارة ، جاز أن يكون عوضاً في
الجعالة ، ... ١٦٩
فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم ، لم
تصح الجعالة ، ... ١٦٩
فصل : فإن كان العمل معلوماً ، مثل
أن ... صحّ ؛ ... ١٧٠
فائدة : لو قال : من داوى لى هذا حتى
يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمدّه ،
فله كذا ... ١٧٠
٢٤٩٥ - مسألة : (وهي عقد جائز ، لكل واحدٍ منهما
فسخها ...) ١٧١
٢٤٩٦ - مسألة : (وإن اختلفا في أصل الجعل ، أو قدره ،

- ١٧٢ فالقول قول الجاعل (
- ٢٤٩٧ - مسألة : (ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له ، إلا في رد الآبق) ... ١٧٣ - ١٧٥
- تنبيه : قال الحارثي في « شرحه » ، في قول المصنف : فالقول قول الجاعل :
- ١٧٣ تجوز منه ، ...
- فائدة : وكذا الحكم لو اختلفا في قدر المسافة ... ١٧٣
- تنبيه : ظاهر قوله : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له . ١٧٣
- فائدتان ، إحداهما ، لو تلف ما خلّصه من هلكة ، لم يضمّنه منقذه ... ١٧٤
- الثانية ، متى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه ، كان جائزاً ، ... ١٧٤
- تنبيه : مراد المصنف وغيره بقولهم : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له ... ١٧٥
- ٢٤٩٨ - مسألة : فأما رد الآبق ، فإنه يستحق الجعل برده ، وإن لم يشرط له ... ١٧٥ - ١٨٠
- تنبيه : دخل في عموم كلام المصنف ، لو رده الإمام ... ١٨٠
- ٢٤٩٩ - مسألة : (ويأخذ منه ما أنفق) على الآبق في قوته ، ... ١٨٠ ، ١٨١

- ٢٥٠٠ - مسألة : (وإن مات السيد ، استحق ذلك في تركته)
 ١٨١-١٨٣
 فوائد تتعلق بعلف الدابة ، وجواز
 استخدامه بدل النفقة ، وأن العبد
 وغيره أمانة ، وأم الولد والمدير
 كالقن ...
 ١٨١-١٨٣
 فصل : ويجوز أخذ الآبق لمن وجده ... ١٨٢
 تنبيه : أفادنا المصنف جواز أخذ الآبق لمن
 وجده ... ١٨٢

باب اللقطة

- فائدة : قوله : وهي المال الضائع من ربه ... ١٨٥
 ٢٥٠١ - مسألة : (وتنقسم ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، ما لا
 تبعه الهمة ؛ ...)
 ١٨٧-٢٠٦
 فائدة : لو وجد كناس ، أو نخال ، أو
 مقلش ، قطعاً صغيراً مفرقة ، ملكها
 بلا تعريف ، وإن كثرت ... ١٩٠
 فصل : والذي يجوز التقاطه والانتفاع به من
 غير تعريف ؛ ... ، إذا التقطه إنسان ،
 وانتفع به ، وتلف ، فلا ضمان
 عليه ... ١٩١
 فوائد ؛ منها ما قاله في التبصرة : إن الصدقة
 بذلك أولى ... ١٩١
 ومنها ، أنه لا يلزمه دفع بدله ، إذا
 وجد ربه على الصحيح .. ١٩١

- ومنها ، لا يعرف الكلب إذا وجدته ،
 ١٩١ بل ينتفع به ، ...
 فوائد ؛ منها ، أن الحمر مما يمتنع من صغار
 ١٩٣ السباع ...
 ومنها ، قال الحارثي : يختلف
 الأصحاب في الكلب المعلم ؛
 فأدخله المصنف فيما يمتنع
 ١٩٣ التقاطه ، ...
 ومنها ، يجوز للإمام ونائبه أخذ ما
 يمتنع من صغار السباع ،
 وحفظه لربه ، ولا يلزمه
 ١٩٤ تعريفه ...
 ومنها ، قطع المصنف والشارح
 بجواز التقاط الصيود
 ١٩٥ المتوحشة ...
 ومنها ، أحجار الطواحين ،
 والقدور الضخمة ،
 ١٩٦ والأخشاب الكبيرة ...
 فصل : فإن كانت الصيود مستوحشة ، إذا
 تركت رجعت إلى الصحراء ،
 وعجز عنها صاحبها ، جاز
 ١٩٤ التقاطها ؛ ...
 فصل : والبقر كالإبل . نص عليه أحمد . ١٩٥
 فصل : فأما غير الحيوان ، فما كان
 منه ينحفظ بنفسه ، ... ، فهو

- ١٩٦ ... كالإبل في تحريم أخذه ،
فصل : فإن أخذ الحيوان الذى لا يجوز
أخذه على سبيل الالتقاط ،
٢٩٧ ... ضمنه ،
فصل : وللإمام أو نائبه أخذ الضالة
ليحفظها لصاحبها ؛ ...
١٩٨
فصل : وإن أخذها غير الإمام أو نائبه
ليحفظها لصاحبها ، لم يجز له
ذلك ، ...
١٩٨
فائدتان ؛ إحداهما ، قوله : فإن دفعها إلى
نائب الإمام ، زال عنه
الضمان ...
١٩٨
الثانية ، إذا أخذها الإمام أو
نائبه منه ، لم يلزمه
تعريفها ...
١٩٨
فصل : ويسمى الإمام ما يحصل عنده من
الضوال بأنها ضالة ، ويشهد
عليها ، ...
١٩٩
فصل : ومن ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها ،
ملكها ...
٢٠٠
فصل : فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه
خوفاً من الغرق ، فلم أعلم
لأصحابنا فيه قولاً ، سوى عموم
قولهم الذى ذكرناه ...
٢٠١

- فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبداً صغيراً ، أو جارية ، أن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف ... ٢٠٢
- تنبيه : شمل كلام المصنف العبد الصغير ، والجارية ... ٢٠٤
- فصل : ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مهلكة ... ٢٠٥
- ٢٥٠٢ - مسألة : (فمن لا يأمن نفسه عليها ، ليس له أخذها) ... فإن أخذها ... (ولا يملكها وإن عرفها) ٢٠٦
- ٢٥٠٣ - مسألة : (ومن آمن نفسه عليها ، وقوى على تعريفها ، فله أخذها) ... (والأفضل تركها) ٢٠٦ - ٢٠٨
- تنبيه : ظاهر قوله : وقوى على تعريفها أن العاجز عن التعريف ليس له أخذها ... ٢٠٧
- فائدة : لو أخذها بنية الأمانة ، ثم طرأ قصد الخيانة . قال فى «التلخيص» : ٢٠٨
- يحتمل وجهين ؟ ... ٢٥٠٤ - مسألة : (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ، أو فرط فيها ، ضمنها) ٢٠٨ - ٢١٧
- فصل : فإن ضاعت اللقطة من ملقطها فى حول التعريف بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ؟ ... ٢١٠
- فائدة : لو أخذ من ناغم شيئاً ، لم يبرأ منه

- إلا بتسليمه له بعد انتباهه ، وكذلك
 ٢١٠ ... الساهى
 فصل : ومن اصطاد سمكة من البحر ،
 فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئاً مما
 ٢١١ يكون في البحر ، فهو للصيد ؛ ...
 فصل : وإن وجد عنبرة على الساحل ،
 ٢١٢ فهي له ؛ ...
 فصل : وإن صاد غزالاً فوجده مخضوباً ،
 أو في عنقه خرز ، أو في إذنه قرط ،
 ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد
 ٢١٣ عليه ، فهو لقطة ؛ ...
 فصل : ومن أخذت ثيابه في الحمام ، ووجد
 بدلها ، أو أخذ مداسه وترك له بدله ،
 ٢١٤ لم يملكه بذلك ...
 فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ،
 إذا تنازع صاحب الدار والساكن في
 دفن في الدار ، فقال كل منهما : أنا
 دفنته . يبين كل واحد منهما ما
 ٢١٦ الذى دفن ، ...
 فصل : ومن وجد لقطة في دار الحرب ،
 فكان في جيش ، فقال أحمد :
 ٢١٦ يعرفها سنة في دار الإسلام ، ...
 ٢٥٠٥ - مسألة : (وهى على ثلاثة أضرب ؛ حيوان ،
 فيخير بين أكله) في الحال (وعليه
 قيمته ، وبين بيعه ، وحفظ ثمنه ، وبين

- تركه والانفاق عليه من ماله . وهل
 يرجع به ؟ (٢١٧-٢٢٣
- فصل : وإذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته،... ٢٢٢
- ٢٥٠٦ - مسألة : (الثاني ، ما يخشى فسادَه ، فيخير بين
 بيعه وأكله) ٢٢٣-٢٢٥
- تنبيه : حيث قلنا : يباع . فإن البائع
 الملتقطُ ٢٢٤
- فائدة : لو تركه حتى تلف ، ضمنه... ٢٢٤
- ٢٥٠٧ - مسألة : (وغرامة التجفيف منه) ٢٢٥-٢٢٦
- ٢٥٠٨ - مسألة : (الثالث ، سائر المال ، فيلزمه حفظه ،
 ويعرف الجميع بالتداء عليه ...) ٢٢٦-٢٣٦
- تنبيه : شمل قوله : ويعرف الجميع .
 الحيوان وغيره ... ٢٢٨
- تنبيه : ظاهر قوله : وأبواب المساجد . أنه
 لا يعرفها في نفس المساجد... ٢٣١
- فصل : إذا أخر التعريف عن الحول الأول،
 مع إمكانه ، أثم ؟... ٢٣٢
- فائدة : لو أخر التعريف عن الحول الأول ،
 مع إمكانه ، أثم ، وسقط التعريف . ٢٣٢
- فصل : ومتى عرف اللقطة حولاً فلم
 تعرف ، ملكها ،... ٢٣٤
- ٢٥٠٩ - مسألة : (فإن لم تعرف ، دخلت في ملكه بعد
 الحول ...) ٢٣٦-٢٣٩
- فصل : فإن رآياها معاً ،...، فهي
 لآخذها ؛ ... ٢٣٨

الصفحة

- تنبيه : قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها ... ٢٣٨
- ٢٥١٠ - مسألة : (وعن أحمد ، لا تملك إلا الأثمان ...) ٢٣٩ - ٢٤٥
- تنبيه : قدم المصنف أن غير الأثمان كالأثمان ... ٢٣٩
- تنبيه : تلخص لنا مما تقدم في هذه المسألة ، أن اللقطة أن الصحيح من المذهب ، أن اللقطة تدخل في ملكه قهراً ، ... ٢٤٢
- فائدة : قال في « الفروع » : يتوجه الروايتان المتقدمتان اللتان في الصدقة في غير الأثمان ، ... ٢٤٢
- فائدتان ، إحداهما ، لو التقط اثنان ، وعرفا ، ملكاها ... ٢٤٢
- الثانية ، لو رأى اللقطة اثنان ، فقال أحدهما للآخر : هاتها ، فأخذها لنفسه ، فهي للأخذ ، ... ٢٤٢
- ٢٥١١ - مسألة : وعن أحمد ، أن (لقطة الحرم لا تملك بحال) ٢٤٥ - ٢٥١
- فصل : (ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها ، ...) ٢٤٧
- فائدة : الوعاء هو ظرفها ... ٢٤٨
- تنبيه : يكون الإشهاد عليها لا على صفتها . ٢٥٠
- ٢٥١٢ - مسألة : (فمتى جاء طالبها فوصفها ، لزم دفعها إليه بنائها ...) ٢٥١ - ٢٥٥
- تنبيه : محل الخلاف فيما إذا وصفها فقط ، ... ٢٥٣

فائدة : قال الحارثي : إذا قلنا بوجوب الدفع

إذا وصفها ، فقال الشريف

أبو جعفر ،... : إذا وصف العفاص

٢٥٣ والوكاء والعدد ، لزم الدفع ...

فصل : ويدفعها إليه بزيادتها المتصلة

٢٥٤ والمنفصلة ، ...

٢٥١٣ - مسألة : (وإن تلفت أو نقصت قبل الحول ، لم

٢٥٥-٢٥٩ يضمها ، وبعده يضمها)

تنبيه : محل هذا ، إذا قلنا : يملكها بعد

٢٥٧ الحول ...

فوائد تتعلق بقول مالك اللقطة للملتقط:

أخذتها لتذهب بها ، وحكم من

تصرف في اللقطة بعد الحول ،

وكذلك لو أدركها ربا بعد الحول

مبيعة أو موهوبة ، ودخولها في ملك

٢٥٧-٢٥٩ الملتقط من غير عوض .

فصل : فإن وجد العين بعد خروجها من

ملك الملتقط بيع أو هبة أو

٢٥٨ غورها ، لم يكن له أخذها ، ...

٢٥١٤ - مسألة : (وإن وصفها اثنان ، قسمت بينهما ، في

٢٥٩-٢٦١ أحد الوجهين)

٢٦٠ تنبيه : محل هذا ، إذا وصفها معاً ، ...

فألدتان ؛ إحداهما ، لو ادّعاها كل واحد

منهما ، فوصفها

أحدهما دون الآخر ،

- ٢٦٠ حلف وأخذها ...
- الثانية ، يلزم مدعى اللقطة ، مع
- ٢٦١ صفتها ، أن يقيم بينة ...
- ٢٥١٥ - مسألة : (فإن أقام آخر بينة أنها له) قُدِّم ... ٢٦٢ ، ٢٦١
- ٢٥١٦ - مسألة : (إلا أن يدفعها بحكم حاكم) فلا يملك
- صاحبها مطالبته ؛ ... وإن (ضمن
- ٢٦٨ - ٢٦٢ الدافع ، رجع على الواصف)
- تنبيه : قوله : ومتى ضمن الدافع ، رجع
- ٢٦٢ على الواصف ...
- فصل : ولو جاء مدع للقطة فلم يصفها ،
- ولا أقام بينة أنها له ، لم يجز دفعها
- ٢٦٣ إليه ؛ ...
- فصل : فإن كان الملتقط قد مات واللقطة
- موجودة ، قام وارثه مقامه في
- ٢٦٤ تعريفها ، ...
- فصل : قال ، رحمه الله : (ولا فرق بين
- ٢٦٥ كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، ...)
- ٢٦٧ فصل : ويملك الذمي بالاتقاط كالمسلم .
- ٢٦٨ فصل : ويصح التقاط الفاسق ؛ ...
- ٢٥١٧ - مسألة : (وإن وجدها صبي أو سفيه ، قام وليه
- بتعريفها ، فإذا عرفها ، فهي لواجدها) ٢٦٨ - ٢٧١
- فصل : قال أحمد ، في رواية العباس بن
- موسى ، في غلام له عشر سنين
- التقط لقطه ، ثم كبر : فإن
- ٢٧٠ وجد صاحبها دفعها إليه ، ...

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الأصحاب :

٢٧٠ ... يضمن الولي

، الثانية ، لو كان الصبي مميزاً ،

فعرّف ، قال الحارثي :

فظاهر كلامه في «المغنى»

٢٧١ ... عدم الإجزاء

٢٥١٨ - مسألة : (وإن) التقطها (عبثاً ، فليسيده أخذها

٢٧١-٢٧٥ منه ، وتركها معه ، ...)

٢٥١٩ - مسألة : (والمكاتب كالحُر) في اللقطة ؛ ... ٢٧٥-٢٧٨

فائدة : وكذا الحكم في النادر من كسب

٢٧٦ ... المعتق بعضه ؛

تنبيه : الخلاف هنا ، مبني على الخلاف في

٢٧٦ دخول نواذر الأكساب ؛ ...

فوائد تتعلق بذكر الخلاف والحكم فيما

لو وجد لقطة في غير طريق مائتي ،

أو أُخِذَ متاعه ، أو ثوبه ، وترك له

بدله ، أو وَجَدَ في جوف حيوان

درة ، وكذلك لو وَجَدَ لقطة بدار

الحرب ، ومؤنة رد اللقطة ،

وضمانها بموته ، وكذلك لو

استيقظ فوجد في ثوبه دراهم ، أو

سقط طائرٌ في داره ، أو أَلْقَتْ

٢٧٦-٢٧٨ الريح إلى داره ثوب إنسان .

باب اللقيط

- فائدة : قوله : وهو الطفل المنبوذ ... ٢٧٩
- ٢٥٢٠ - مسألة : (وهو حر) ٢٨٠ ، ٢٨١
- تنبيه : قوله : وهو الطفل ... ٢٨٠
- ٢٥٢١ - مسألة : (يتفق عليه من بيت المال إن لم) يوجد
(معه ما يتفق عليه) ٢٨١ - ٢٨٤
- فائدة : يستحب للملتقط الإشهاد عليه
وعلى ما معه . ٢٨١
- تنبيه : قوله : يتفق عليه من بيت المال ،
إن لم يكن معه ما يتفق عليه ... ٢٨١
- ٢٥٢٢ - مسألة : (ويحكم بإسلامه ، إلا أن يوجد في بلد
الكفار ولا مسلم فيه ، فيكون كافرًا) ٢٨٤ - ٢٨٦
- فائدة : لو كان في دار الإسلام بلدًا ، كل
أهلها أهل ذمة ، ووجد فيها لقيط ،
حكم بكفره ، ... ٢٨٥
- ٢٥٢٣ - مسألة : (وما وجد معه ؛ من فراش تحته ، أو
ثياب ، أو مال في جيبه أو تحت فراشه ،
أو حيوان مشدود بثيابه ، فهو له ...) ٢٨٦ - ٢٨٩
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : مثل
الأصحاب في المسلم
هنا بالتاجر
- والأسير ، ... ٢٨٦
- الثانية ، قال في « الفائق » : لو
كثر المسلمون في بلد
الكفار ، فلقبطها مسلم ... ٢٨٦

- ٢٥٢٤ - مسألة : (وأولى الناس بحضائنه واجده ، إن كان
أُمِينًا) ٢٨٩ ، ٢٩٠
- ٢٥٢٥ - مسألة : (وله الإتفاق عليه مما وجد معه بغير إذن
حَاكِم ...) ٢٩٠ - ٢٩٢
- ٢٥٢٦ - مسألة : (وإن كان) الملتقط (فاسقًا) لم يُقَرَّ في
يده . ٢٩٢ - ٢٩٦
- فوائد ؛ منها ، وكذا الحكم في حفظ ماله ... ٢٩٢
- ومنها ، قبول الهبة والوصية ... ٢٩٢
- فصل : فإن كان الملتقط مستور الحال ، لم
تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة،
- أقر اللقيط في يده ؛ ... ٢٩٤
- تنبيه : ظاهر قوله : وإن كان فاسقًا ، لم
يُقرَّ في يده ... ٢٩٤
- ٢٥٢٧ - مسألة : فإن كان الملتقط رقيقًا ، لم يقر في يده . ٢٩٦ ، ٢٩٧
- فائدة : المدبر ، وأم الولد ، والمعلق عتقه ،
كالقن ؛ ... ٢٩٦
- ٢٥٢٨ - مسألة : (أو كافرًا واللقيط مسلم) ٢٩٧
- ٢٥٢٩ - مسألة : (أو بدويًا ينتقل في المواضع) ٢٩٧ - ٢٩٩
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الكافر إذا
التقط من حكم بكفره ، أنه يقر
بيده ... ٢٩٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، يشترط في الملتقط
أيضًا ، أن يكون
مكلفًا ، ... ٢٩٧
- الثانية ، يشترط الرشد ، فلا يقر

- ٢٩٧ بيد السفية .
- ٢٥٣٠ - مسألة : وإن (وجده في الحضر وأراد نقله إلى
البادية لم يقر في يده) ٢٩٩
- ٢٥٣١ - مسألة : (وإن التقطه في البادية مقيم في حلة)
أقر في يده ؛ ... ٢٩٩
- ٢٥٣٢ - مسألة : (وإن التقطه في الحضر مَنْ يريد نقله إلى
بلد آخر) ٢٩٩ - ٣٠٠
- ٢٥٣٣ - مسألة : (وإن التقطه اثنان ، قدم الموسر منهما على
المعسر ، والمقيم على المسافر) ٣٠٠ - ٣٠٣
- فوائد ؛ إحداها ، وكذا الحكم لو نقله من
بلد إلى قرية ، ... ٣٠٠
- الثانية ، وكذا الحكم لو نقله من
حلة إلى حلة ... ٣٠٠
- الثالثة : حيث يقال بانتزاعه من
الملتقط ، فيما تقدم من
المسائل ، فإنما ذلك عند
وجود الأولى به ... ٣٠٠
- تنبيه : يستثنى من هذه المسائل ، لو كان
البلد وثيباً ؛ ... ٣٠٠
- فصل : وإن التقط مسلم وكافر طفلاً
محكوماً بكفره ، فالمسلم أحق . ٣٠٢
- فائدة : الشركة في الالتقاط أن يأخذه
جميعاً ، ... ٣٠٢
- تنبيه : دخل في كلام المصنف ، لو التقطه
مسلم وكافر ... ٣٠٢
- ٢٥٣٤ - مسألة : (فإن تساويا وتشاحاً ، أقرع بينهما) ٣٠٣ - ٣٠٥

- فصل : وإن رأياه جميعًا ، فسبق أحدهما
فأخذه ، أو وضع يده عليه ، فهو
أحق به ؛ ... ٣٠٤
- ٢٥٣٥ - مسألة : (فإن اختلفا في الملتقط منهما ، قدم من
له بينة) ٣٠٦ ، ٣٠٥
تنبيه : قوله : وإن اختلفا في الملتقط منهما ،
قدم من له بينة ... ٣٠٥
- ٢٥٣٦ - مسألة : (فإن لم يكن لهما بينة ، قدم صاحب
اليد) ٣٠٧ ، ٣٠٦
- ٢٥٣٧ - مسألة : (فإن كان في أيديهما ، أقرع بينهما) ٣٠٧
- ٢٥٣٨ - مسألة : (فإن لم يكن لهما يدٌ فوصفه أحدهما)
فُدِّمَ) ٣١١ - ٣٠٧
- فائدة : قوله : فإن كان في أيديهما ، أقرع
بينهما ... ٣٠٧
- فائدة : لو ادعى أحدهما أنه أخذه منه قهراً ،
وسأل الحاكم يمينه ، قال في
« الفروع » : فيتوجه إخلافه ... ٣٠٧
- فائدة : لو وصفاه جميعًا ، أقرع بينهما ... ٣٠٨
- فصل : قال ، رحمه الله : (وميراث اللقيط
وديته إن قتل لبيت المال) ٣٠٩
- فائدة : من أسقط حقه ، سقط ... ٣٠٩
- ٢٥٣٩ - مسألة : (وإن قتل عمدًا ، فوليه الإمام ، ...) ٣١١
- ٢٥٤٠ - مسألة : (وإن قطع طرفه عمدًا ، انتظر
بلوغه ، ...) ٣١٤ - ٣١١
- فصل : إذا جنى اللقيط جنايةً تحملها العاقلة ،

- ٣١٣ ... فهى على بيت المال ؛
- ٣١٣ تنبيه : دخل فى عموم قوله : انتظر بلوغه ...
- ٢٥٤١ - مسألة : (وإن ادعى الجانى عليه أو قاذفه رقه ،
وكذبه اللقيط بعد بلوغه ، فالقول قول
اللقيط) ٣١٤ - ٣١٦
- ٣١٤ تنبيه : حيث قلنا : ينتظر البلوغ أو العقل ...
- ٢٥٤٢ - مسألة : (وإن ادعى إنسان أنه مملوكه ، لم يقبل
إلا بينة تشهد أن أمته ولدته فى
ملكه ...) ٣١٦ - ٣١٩
- فائدة : لو كان اللقيط مميزاً ، يظأ مثله ،
وجب الحد على قاذفه ... ٣١٦
- فصل : فإن كانت الدعوى بعد بلوغ
اللقيط ، كلف إجابته ، ... ٣١٨
- ٢٥٤٣ - مسألة : وإن أقر بالرق بعد بلوغه ، لم يقبل ... ٣١٩ - ٣٢٥
- فائدة : قال فى « المغنى » : إن شهدت البينة
بالمملك ، أو باليد ، لم يقبل إلا
رجلان ، ... ٣١٩
- فصل : فأما إن أقر بالرق ابتداءً لإنسان ،
فصدقه ، فهو كما لو أقر به جواباً ، ... ٣٢١
- فصل : فإذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ،
وهو ذكر ، وكان قبل الدخول ،
فسد النكاح فى حقه ؛ ... ٣٢٢
- فصل : وإن كان اللقيط أنثى ، وقلنا :
يقبل فيما عليه خاصة . فالنكاح
صحيح فى حقه ... ٣٢٢

- فصل : فإن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
 ٣٢٤ فتصرفه صحيح ، ...
- فصل : فإن كان قد جنى جناية موجبة
 ٣٢٤ للقصاص ، فعليه القود ، ...
- ٢٥٤٤ - مسألة : (وإن قال : إني كافر . لم يقبل قوله ،
 ٣٢٩ - ٣٢٥ وحكمه حكم المرتد ...)
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (وإن أقر
 إنسان أنه ولده ، ألحق به ، مسلمًا
 ٣٢٧ كان أو كافرًا ...)
- فصل : فإن كان المدعى عبدًا ، ألحق
 ٣٢٨ به ؛ ...
- فصل : فإن كان المدعى ذميًا ، لحق به ؛ ... ٣٢٩
- ٢٥٤٥ - مسألة : (ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة
 ٣٣٤ - ٣٢٩ أنه ولد على فراشه)
- فصل : فإن كان المدعى امرأة ، فروى عن
 ٣٣١ أحمد ، أن دعوتها تقبل ...
- تنبيه : شمل كلام المصنف ، لو أقر به عبدٌ ،
 ٣٣١ أنه يلحق به ...
- تنبيه آخر : شمل قوله : أو امرأة . لو أقرت
 ٣٣١ أمة به ...
- فوائد ؛ إحداها ، المجنون كالطفل ، ... ٣٣١
- الثانية ، كل من ثبت لحاقه
 بالاستلحاق ، لو بلغ
 ٣٣١ وأنكر ، لم يلتفت إليه ...
- الثالثة : لو ادعى أجنبي نسبه ،

- ٣٣١ ثبت ، ...
- ٢٥٤٦ - مسألة : (فإن ادعاه اثنان أو أكثر ، لأحدهم بينة ،
 ٣٣٤ - ٣٤١ قدم بها ...)
 تنبيه : ظاهر قوله : وإن ادعاه اثنان أو أكثر ،
 ٣٣٤ لأحدهم بينة ، قدم بها ، ...
 فائدتان ، إحداهما ، لو كان في يد أحدهما ،
 وأقام كل واحدٍ منهما
 بينة ، قدمت بينة
 ٣٣٥ الخارج ...
 الثانية : لو كان في يد امرأة ،
 قدمت على امرأة ادعته بلا
 ٣٣٥ بينة ...
 تنبيه : قوله : عرض معهما على القافة ، أو
 ٣٣٦ مع أقاربهما إن ماتا ...
 فصل : والقافة قوم يعرفون الأنساب
 ٣٤١ بالشبه ، ...
 ٢٥٤٧ - مسألة : (فإن ألحقته بأحدهما ، لحق به)
 ٣٤٣ - ٣٤١ تنبيه : ظاهر قوله : فإن ألحقته بأحدهما ،
 ٣٤١ لحق به ...
 ٢٥٤٨ - مسألة : (ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)
 ٣٤٦ - ٣٤٣ فصل : فإن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
 ٣٤٤ تنافى بينهما ، ...
 فصل : ولو ولدت امرأتان ابناً وبتناً ،
 فادعت كل واحدة منهما أن الابن
 ٣٤٥ ولدها ، احتمل وجهين ؛ ...

- فصل : فإن ادعى اللقيط رجلاً ، فقال
أحدهما : هو ابني . وقال الآخر :
هو ابنتي . فإن كان ابناً فهو لمدعيه ،
وإن كان بنتاً فهي لمدعيها ؛ ... ٣٤٥
- ٢٥٤٩ - مسألة : (فإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم ،
لحق وإن كثروا) ٣٤٨ - ٣٤٦
- فائدة : يرث من كل من لحق به ميراث ولد
كامل ، ... ٣٤٧
- فائدة : امرأة ولدت ذكراً ، وأخرى أنثى ،
وادعت كل واحدة أن الذكر ولدها
دون الأنثى ، فقال في « المغنى » ،
و « الشرح » : يحتمل وجهين ؛ ... ٣٤٧
- ٢٥٥٠ - مسألة : (فإن نفته القافة عنهم ، ... ، ضاع
نسبه ، ...) ٣٥٢ - ٣٤٨
- فوائد تتعلق باللقيط إذا ألحقته القافة
بعد انتسابه بغير من انتسب إليه ،
وأنه ليس الانتساب بالتشهي ،
واستقرار نسبه بالانتساب ، وحكم
ما لو انتسب إليهما جميعاً ، أو بلغ
ولم ينتسب إلى واحد منهما ، وأن
النفقة واجبة عليهما مدة الانتظار . ٣٥٠
- تنبيه : قوله : أو لم يوجد قافة . حقيقة
العدم ، ... ٣٥١
- ٢٥٥١ - مسألة : (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة
بشبهة ، ... ، أرى القافة معهما) ٣٥٢

٢٥٥٢ - مسألة : (ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرًا

٣٥٩ - ٣٥٣

عدلاً ، مجرباً في الإصابة)

فصل : نقل عن أحمد ، أنه لا يقبل إلا قول

٣٥٥

اثنين من القافة ، ...

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه لا يشترط

٣٥٥

حرية القائف ...

٣٥٥

فوائد ؛ الأولى ، يكفي قائف واحد ...

٣٥٨

الثانية ، القائف كالحاكم ...

الثالثة ، هل يشترط لفظ الشهادة

٣٥٨

من القائف ؟

الرابعة ، لو عارض قول اثنين قول

ثلاثة فأكثر ، أو تعارض

٣٥٨

اثنان ، سقط الكل ، ...

الخامسة : يعمل بالقافة في غير

٣٥٩

بنوة ، ...

السادسة : نفقة المولود على

٣٥٩

الواطئين ؛ ...

فصل : وإذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق ، لم

٣٥٧

يحكم بكفره ولا رقه ؛ ...

تنبيه : هذا الخلاف مبني ، عند كثير من

الأصحاب ، على أنه ؛ هل هو شاهد

٣٥٧

أو حاكم ؟ ...

فصل : لو ادعى نسب اللقيط لإنسان ،

فألحق نسبه به ؛ ... ، لم يزل نسبه

٣٥٨

عن الأول ؛ ...

كتاب الوقف

- فصل : والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم .. ٣٦٢
- ٢٥٥٣ - مسألة : (وفيه روايتان ؛ إحداهما ، ...) ٣٦٣ - ٣٦٦
- فائدة : قال في « المطلع » : السقاية ، بكسر السين ، الموضع الذى يتخذ فيه الشراب فى المواسم وغيرها ... ٣٦٥
- ٢٥٥٤ - مسألة : (وصرىحه : وقفت ، وسبلت ، وحسبت) ٣٦٦ - ٣٦٩
- تنبيه : قوله : مثل أن يبنى مسجداً ... ٣٦٦
- ٢٥٥٥ - مسألة : (ولا يصح) الوقف (إلا بشروط أربعة ؛ أحدها ...) ٣٦٩ - ٣٧٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، إذا قال : تصدقت بأرضى على فلان ، ... ٣٦٩
- الثانية ، لو قال : تصدقت بدارى على فلان ... ٣٦٩
- فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجل له دار فى الرىض ، ... ، قال : يقفها ... ٣٧١
- ٢٥٥٦ - مسألة : (ويصح وقف المشاع) ٣٧٢ ، ٣٧٣
- فائدة : قال فى « الفروع » : يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ، ثبت فيه حكم المسجد فى الحال ، ... ٣٧٢
- فصل : وإن وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل ... ، جاز ... ٣٧٣

- ٢٥٥٧ - مسألة : (ويصح وقف الحل على اللبس والعارية) ٣٧٣ ، ٣٧٤
- ٢٥٥٨ - مسألة : (ولا يصح الوقف في الدمة ؛ كعبد ،
٣٧٥ ، ٣٧٤ (ودار)
فائدة : لو أطلق وقف الحل ، لم يصح ... ٣٧٤
- ٢٥٥٩ - مسألة : (ولا) يصح في (غير معين ؛ كأحد
٣٧٥ هذين)
- ٢٥٦٠ - مسألة : (ولا) يصح (وقف ما لا يجوز
بيعه ؛ كأُم الولد ، والكلب) ٣٧٥ - ٣٨٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : المكاتب ؛
إن قيل يمنع بيعه ،
٣٧٦ فكأُم الولد ، ... ٣٧٦
- الثانية ، حكم وقف المدبر حكم
٣٧٦ بيعه ، ... ٣٧٦
- فصل : (ولا) يصح وقف (ما لا ينتفع به
٣٧٧ مع بقائه دائما ؛ ...)
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو وقف قنديل
ذهب ، ... ، لم
٣٧٨ يصح ، ... ٣٧٨
- الثانية ، قال في « الفائق » : ويجوز
٣٧٨ وقف الماء ... ٣٧٨
- فائدتان ، إحداهما ، أبطل ابن عقيل وقف
الستور لغير الكعبة ؛ ... ٣٨١
- الثانية : يصح وقف عبده على
٣٨١ حجرة النبي ﷺ ؛ ... ٣٨١
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قد يقال : مفهوم كلام

- المصنف ، أنه لا يصح
الوقف على ذمي غير
٣٨١ ... قرابته ...
- الثاني ، قال الحارثي : قال
الأصحاب : إن وقف على
من ينزل الكنائس ، ...،
٣٨٢ ... صح ...
- ٢٥٦١ - مسألة : (ولا يصح على الكنائس ، ويوت
النار)
٣٨٥ - ٣٨٢
- فوائد : الأولى ، الذمي كالمسلم في عدم
٣٨٣ ... الصحة في ذلك ...
- الثانية ، الوصية كالوقف في ذلك
٣٨٤ ... كله ...
- الثالثة ، لو وقف على ذمي ، وشرط
استحقاقه ما دام كذلك ،
فأسلم ، استحق ما كان
٣٨٥ ... يستحقه قبل الإسلام ، ...،
- ٢٥٦٢ - مسألة : (ولا) يصح الوقف (على حرني ، ولا
مرتد)
٣٨٦ ، ٣٨٥
- ٢٥٦٣ - مسألة : (ولا يصح على نفسه ، في إحدى
الروايتين)
٣٨٨ - ٣٨٦
- فصل : ومن وقف وقفًا صحيحًا على
إنسان ، فقد صارت منافعه جميعها
للموقوف عليه ، ...
٣٨٨
- ٢٥٦٤ - مسألة : (وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه

فائدة : إذا حكم به حاكم ،... ظاهر

٣٨٨ كلامهم ينفذ الحكم ظاهراً ،... ٣٨٨

فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو استثنى

٣٨٩ الأكل مدة معينة ،... ٣٨٩

الثانية ، لو وقف على الفقراء ، ثم

افتقر ، أبيع له التناول

٣٩٠ منه ... ٣٩٠

فصل : ويصح أن يشترط أن يأكل منها

٣٩١ أهله ؛ ... ٣٩١

فصل : فإن اشترط أن يبيعه متى شاء ،...

٣٩١ بطل الوقف والشرط ... ٣٩١

فصل : وإن شرط في الوقف أن يخرج من

شاء من أهل الوقف ، ويدخل من

٣٩٢ شاء من غيرهم ، لم يصح ؛ ... ٣٩٢

فصل : إذا جعل علو داره مسجداً ،...

٣٩٢ صح ... ٣٩٢

فصل : فإن جعل وسط داره مسجداً ،...

٣٩٢ صح ... ٣٩٢

٢٥٦٥ - مسألة : (الثالث ، أن يقفه على معين يملك ...) ٣٩٣

٢٥٦٦ - مسألة : (ولا) يصح (على حيوان لا يملك ؛

٣٩٧-٣٩٤ كالعبد)

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يصح الوقف على أم

٣٩٤ الولد ... ٣٩٤

الثانية ؛ لا يصح الوقف على

- المكاتب ... ٣٩٥
- تنبيه : إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل ، يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في الوقف ... ٣٩٦
- فائدة : لو قال : وقفت على من سيولد لي ... ٣٩٦
- ٢٥٦٧ - مسألة : (الرابع ، أن يقف ناجزاً ، ...) ٣٩٧ - ٤٠٧
- فصل : فأما إذا قال : هو وقفٌ بعد موتى ... ٣٩٨
- فوائد تتعلق بعدم وقوع الوقف المعلق على الموت أو على شرط في الحياة لازماً قبل وجود المعلق ، ولو شرط الخيار في الوقف فسد ، وحكم ما لو شرط البيع عند خرابه . ٣٩٩ - ٤٠١
- فصل : (ولا يشترط القبول ، إلا أن يكون على آدمى معين ، ففيه وجهان ؛ ... ٤٠١
- تنبيه : أكثر الأصحاب يحكى الخلاف من غير بناء ... ٤٠٣
- فصل : إذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز ، فهو وقف منقطع الابتداء ، ... ٤٠٤
- فصل : فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط ، ... ، خرّج في صحة الوقف وجهان ، ... ٤٠٦
- ٢٥٦٨ - مسألة : (وإن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له

- مآلاً أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز ،...، انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف ... (٤٠٧ - ٤١٦)
 فائدة : متى قلنا برجوعه إلى أقارب الواقف ، وكان الواقف حياً ، ففى رجوعه إليه أو إلى عصبته وذريته روايتان ... ٤١٢
 تنبيه : لو لم يكن للواقف أقارب ، رجع على الفقراء والمساكين ... ٤١٣
 فصل : وإن وقف على من يجوز ، ثم على من لا يجوز ، كمن وقف على أولاده ... ٤١٤
 فائدة : للوقف صفات ، إحداها ، ... ٤١٤
 فصل : فإن قال : وقفت هذا . وسكت ،...، فلا نص فيه ... ٤١٥
 ٢٥٦٩ - مسألة : (وإن قال : وقفت دارى سنة) ... (لم يصح) ... ٤١٦ - ٤١٨
 فصل : فإن قال : هذا وقف على ولدى سنة ، ثم على المساكين . صح ... ٤١٧
 فائدة : لو وقفه على ولده سنة ، ثم على زيد سنة ،...، صح ؟ ... ٤١٧
 ٢٥٧٠ - مسألة : (ولا يشترط إخراج الوقف عن يده ، فى إحدى الروايتين) ٤١٨ - ٤٢٢
 فائدة : إذا قلنا بالاشتراط ، فهل هو شرط لصحة الوقف ، أو للزومه ؟ ... ٤١٩
 فصل : قال ، (ضى الله عنه :) (ويملك الموقوف عليه الوقف . وعنه ، لا

- ٤٢٠ (يملكه)
تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة منها ، لو
وطئ الجارية الموقوفة ، فلا حد عليه ،
٤٢١ ولا مهر ...
- ٢٥٧١ - مسألة : (و يملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) ٤٢٢
٢٥٧٢ - مسألة : (وليس له وطء الجارية ، فإن فعل ، فلا
٤٢٢ حد عليه ، ولا مهر ...)
٢٥٧٣ - مسألة : وإن ولدت ، فالولد حرٌّ ... ٤٢٢ - ٤٢٤
فصل : فإن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
٤٢٣ عتقه ...
- ٢٥٧٤ - مسألة : (وإن وطئها أجنبي بشبهة ، فالولد حرٌّ) ٤٢٤
٢٥٧٥ - مسألة : (وإن تلفت ، فعليه قيمتها ، يشتري بها
٤٢٦ - ٤٢٤ مثلها)
- فائدة : لو أتلّفها إنسان ، لزمه قيمتها ، ... ٤٢٥
فائدة أخرى : لو قتل الموقوف عبداً مكافئاً
فقال في « المغنى » : الظاهر أنه لا
٤٢٥ يجب القصاص ؛ ...
- ٢٥٧٦ - مسألة : (وله تزويج الأمة وأخذ مهرها ، ...) ٤٢٦
تنبيه : ظاهر كلام المصنف هنا ، وحقية
البدل بنفس الشراء ؛ ... ٤٢٦
ومن فوائد الخلاف ، قول المصنف : وله
تزوج الجارية . يعنى ، إذا قلنا :
٤٢٧ يملك الموقوف عليه الوقف .
- ٢٥٧٧ - مسألة : (وإن جنى الوقف خطأً ، فالأرض على
٤٣٢ - ٤٢٧ الموقوف عليه)

- ومن الفوائد ، قول المصنف : وإن جنى
الوقف خطأ ، فالأرش على
الموقوف عليه . ٤٢٧
- فصل : وإن جنى على الوقف جنايه موجبة
للمال ، وجب ؛ ... ٤٢٩
- تنبيه : هذا كله إذا كان الموقوف معيناً ، ... ٤٢٩
- فائدة : حيث أوجبنا الفداء ، فهو أقل
الأمرين من القيمة ، ... ٤٢٩
- تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد
الخلاف ، ذكرها المصنف ... ٤٣٠
- ٢٥٧٨ - مسألة : (وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين ،
فمن مات رجع نصيبه إلى الآخرين) ٤٣٢ - ٤٥٦
- فوائد تتعلق بحكم ما لو وقف على ثلاثة ،
أو أولاده ، أو كان له ثلاثة أولاد ،
فقال : وقفت على ولدئ فلان
وفلان ، وعلى ولد ولى ، أو
وقف على فلان ، أو وقف على
أولاده ، وأولاد أولاده ، أو لو قال :
على أولادى ، ثم أولادهم الذكور
والإناث ، ثم أولادهم الذكور من
ولد الظهر فقط ، ثم نسلهم
وعقبهم ، ثم الفقراء ، وأيضاً حكم
ما لو اجتمع صفتان أو صفات في
شخص واحد ، أو إذا تعقب
الشرط ، أو لو وجد في كتاب

- وقف : أن رجلاً وقف ، على
 ٤٣٣ - ٤٣٩ فلان .
- فصل : قال ، رضى الله عنه : (ويرجع إلى
 شرط الواقف في قسمه على الموقف
 ٤٤٠ عليهم ؛ ...)
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، أن
 الشرط المباح الذى لا يظهر منه قصد
 القربة منه ، يجب اعتباره في كلام
 ٤٤٢ الواقف ...
- فائدة : لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو
 ٤٤٣ بلد أو قبيلة ، تخصصت ، ...
- فائدة : قال الشيخ تقي الدين : لو حكم
 حاكمٌ بمحضّر ، كوقف فيه
 ٤٤٤ شروط ، ... ، وجب ثبوته ...
- تنبيه : ظاهر قوله : وإخراج من شاء بصفة ،
 وإدخاله بصفة . أن الواقف لو شرط
 ٤٤٤ للناظر إخراج من شاء ، ... ، جاز ؛ ...
- فوائد ؛ تتعلق بتعين مصرف الوقف إلى
 الجهة المعينة له ، وحكم ما إذا
 شرط لناظره أجره ، وكذلك إذا
 أسند النظر إلى اثنين ، وأيضاً ما
 لو تنازع ناظران في نصب الإمامة ،
 وحكم ما إذا عزل الواقف من شرط
 النظر له ، وما يشترط في الناظر
 من الإسلام ، والتكليف ، ... ،

- وحكم وظيفة الناظر ، وبيان أن
هناك لا يوجد اعتراض لأهل الوقف
على من ولاه الواقف ، وما يأخذه
٤٤٥ - ٤٥٦ الفقهاء من الوقف .
- ٢٥٧٩ - مسألة : (فإن لم يشرط ناظرًا ، فالنظر للموقوف
عليه ...)
٤٥٦ - ٤٦٢
- فصل : ومتى كان النظر للموقوف
عليه ، ... ، فهو أحق بذلك ، ... ٤٥٧
- تنبيه : محل الخلاف ، إذا كان الموقوف عليه
معينًا ، ... ٤٥٨
- فصل : ونفقة الوقف من حيث شرط
الواقف ؛ ... ٤٦٠
- فوائد ؛ تتعلق بحكم مالو احتاج الخان المسبل ،
وجواز تقديم عمارة الوقف على أبواب
الوظائف ، وجواز استدانة الناظر على
الوقف بدون إذن الحاكم لمصلحة ،
وحكم مالو أجر الموقوف عليه الوقف ،
وإذا أجره بدون أجره للمثل ، وهل
يجوز صرف الموقوف على عمارة
المسجد؟ وحكم مالو وقف داره على
مسجد وعلى إمام يصلي فيه . ٤٦٠ - ٤٦٢
- ٢٥٨٠ - مسألة : (وإن وقف على ولده ثم على المساكين ،
فهو لولده الذكور والإناث) والختائى
بالسوية)
٤٦٢

٢٥٨١ - مسألة : (ولا يدخل فيه ولد البنات ، ...) ٤٦٣ - ٤٧٧

فصل : فإن قال : على ولدى لصلبي . فهو
أكد في اختصاصه بالولد دون ولد

٤٦٦ الولد .

تبيينان ؛ الأول ، حيث قلنا بدخولهم ، فلا
يستحقون إلا بعد آبائهم

٤٦٧ مرتباً .

الثاني ، حكم ما إذا أوصى لولده
في دخول ولد بنيه حكم

٤٦٨ الوقف .

فصل : وإن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... ، لا
يستحق البطن الثاني شيئاً حتى

٤٦٩ ينقرض البطن الأول كله ...

فوائد ؛ إحداها ، لو قال : على ولد فلان .
وهم قبيلة ، ... فلا

٤٦٩ ترتيب ...

الثانية ، لو اقترن باللفظ ما يقتضي
الدخول ، دخلوا بلا

٤٧١ خلاف ؛ ...

الثالثة ، لو قال : على أولادى ،
فإذا انقرض أولادى وأولاد

٤٧٢ أولادى ، فعلى المساكين ...

الرابعة ، قال في « التلخيص » :

إذا جهل شرط الوقف ،

... قسم على أربابه

٤٧٢ بالسوية ، ...

فصل : وإن رتب بعضهم دون بعض ،

فقال : وقفت على ولدى وولد

ولدى ، ثم على ... ، فهو على ما

٤٧٠ قال ، ...

فصل : فإن قال : وقفت على أولادى ، ثم

على أولاد أولادى ، على أنه من مات

من أولادى عن ولد ، فنصيبه

٤٧٠ لولده ، ... ، فهو على ما شرطه ...

فصل : وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، على

أن من مات من فلان وفلان

وأولادهم عن ولد ، فنصيبه

٤٧٣ لولده ، ... ، فهو على ما شرط ...

فصل : فإن كان له ثلاثة بنين ، فقال :

وقفت على ولدى فلان وفلان ،

... ، كان الوقف على الابنين

٤٧٤ المسميين ، ...

فصل : ومن وقف على أولاده أو أولاد

غيره ، وله حمل ، لم يستحق شيئاً

٤٧٥ قبل انفصاله ، ...

تنبيه : يأتي فى باب الهبة ، فى كلام المصنف ،

٤٧٦ هل تجوز التسوية بين الأولاد أم لا ؟ ...

٢٥٨٢ - مسألة : (وإن وقف على عقبه ، أو ولد ولده ،

- أو ذريته (أو نسله) دخل فيه ولد
 البنين (...
 ٤٧٧-٤٨١
 ٢٥٨٣ - مسألة : فإن قال : (على ولد ولدى لصلي) ...
 ٤٨١-٤٨٧ لم يدخل ولد البنات ...
 تنبيه : ما تقدم من الخلاف ، إنما هو فيما إذا
 وقف على ولد ولده ، ... ٤٨١
 تنبيهان ؛ الأول ، حكى المصنف هنا عن
 أبي بكر ، وابن حامد ،
 أنهما قالا : يدخلون في
 الوقف ، ... ٤٨١
 الثاني ، محل الخلاف مع عدم
 القرينة ... ٤٨٢
 فوائد تتعلق بمعنى لفظ النسل ، وحكم ما
 لو قال : على بني بني . أو : بني
 بني فلان . ومعنى الحفيد ، وحكم
 ما لو قال الهاشمي : على أولادي
 وأولاد أولادي الهاشميين . وأن
 تجدد حق الحمل بوضعه ؟ ... ٤٨٣-٤٨٦
 فصل : والمستحب أن يقسم الوقف على
 أولاده على حسب قسمة الله تعالى
 الميراث بينهم ، ... ٤٨٤
 ٢٥٨٤ - مسألة : (وإن وقف على بنيه ، أو بني فلان ،
 فهو للذكور خاصة)
 ٤٨٨-٤٨٧
 ٢٥٨٥ - مسألة : (إلا أن يكونوا قبيلة ، فيدخل فيه النساء
 دون أولادهن من غيرهم)
 ٤٨٨

- ٢٥٨٦ - مسألة : (وإن وقف على قرابته ، أو قرابة فلان ، فهو للذكر والأنثى من أولاده ...) ٤٨٩ - ٤٩٤
- تنبيه : الوصية كالوقف في هذه المسائل ، كما قال المصنف ... ٤٩٣
- ٢٥٨٧ - مسألة : (وأهل بيته بمنزلة قرابته ...) ٤٩٤ - ٤٩٦
- ٢٥٨٨ - مسألة : (وقومه ونسبائه كقرابته) ٤٩٦ - ٤٩٨
- فائدة : آله كأهل بيته خلافاً ومذهباً ... ٤٩٦
- فصل : وآله مثل قرابته ؛ ... ٤٩٧
- ٢٥٨٩ - مسألة : (والعرة هم العشيرة) ٤٩٨
- ٢٥٩٠ - مسألة : (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات) ٤٩٩
- فائدة : العشيرة ؛ هي القبيلة ... ٤٩٩
- ٢٥٩١ - مسألة : (والأيامى والعزاب ، من لا زوج له من الرجال والنساء) ٥٠٠ ، ٥٠١
- ٢٥٩٢ - مسألة : (فأما الأرمال ، فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن) ٥٠١ - ٥٠٣
- فائدتان ؛ إحداها ، البكر ، والثيب ، والعانس يشمل الذكر والأنثى ... ٥٠٢
- الثانية ، الرهط ؛ ما دون العشيرة من الرجال خاصة ، لغة ... ٥٠٢
- فصل : وإن وقف على أخواته ، فهو للإناث خاصة ، وإن وقف على إخوته ، دخل ... ٥٠٣
- ٢٥٩٣ - مسألة : (وإن وقف على أهل قريته أو قرابته ،

- لم يدخل فيهم من يخالف دينه ... (٥٠٨ - ٥٠٤)
 تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ؛ إذا لم
 توجد قرينة قولية ، أو
 ٥٠٦ ...، حالية
 الثاني ، شمل قوله : لم يدخل فيهم
 من يخالف دينه . لو كان
 فيهم كافرٌ على غير دين
 الواقف الكافر ، فلا
 ٥٠٧ ...، يدخل
 ٢٥٩٤ - مسألة : (وإن وقف على مواليه ، وله موالٍ من
 فوق وموالٍ من أسفل ، تناول
 جميعهم ...) (٥١٣ - ٥٠٨)
 فائدتان ؛ إحداها ، لو عدم الموالى ، كان
 ٥٠٨ . لموالى العصبية...
 الثانية ، لا شئ لموالى عصبته ، إلا
 ٥٠٩ مع عدم مواليه ...
 فوائد ؛ تتعلق بتعريف العلماء من هم ،
 وأهل الحديث ، والصبي والغلام ،
 والشاب والفتى ، وأبواب البر ،
 ولو وقف على سنبل الخير ، وجمع
 المذكر السالم وضميره ،
 والأشراف ، وحكم موالى بنى
 ٥١٢ - ٥١٠ هاشم لو وقف عليهم ...

٢٥٩٥ - مسألة : (وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم ، وجب تعميمهم والتسوية بينهم)

تنبيه : الذى يظهر أن عمل هذا ، إذا لم يكن قرينة ، ...

٥١٣

٢٥٩٦ - مسألة : فإن لم يمكن حصرهم ؛ كالمساكين ،...
صح الوقف عليهم ... -

٥١٤ - ٥١٦

فائدة : لو كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار مما لا يمكن استيعابه ؛... فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ،...

٥١٤

فصل : ولا يجب تعميمهم إجماعاً ؛...
فصل : فإن كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار مما لا يمكن استيعابه ،... فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ،...

٥١٥

فائدتان ؛ إحداهما ، لو وقف على أصناف الزكاة ، ... ، جاز الاقتصار على صنف

٥١٥

منهم ...
الثانية ، لو وقف على الفقراء فقط ، أو على المساكين فقط ، جاز إعطاء

٥١٦

الصنف الآخر ...

٢٥٩٧ - مسألة : ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذى

٥١٦-٥١٨

يعطى من الزكاة ...

فصل : فإن وقف على الأصناف كلها ، أو على صنفين أو أكثر ، فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد ، أو

٥١٧ يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ ...

٥١٨-٥٢١ - مسألة : (والوصية كالوقف في هذا التفصيل)

٥١٨ فصل : (والوقف عقد لازم ، ...)

فائدة : ظاهر كلام المصنف ، أن الوقف

٥٢٠ يلزم بمجرد القول .

٥٢١-٥٢٥ - مسألة : (ولا يجوز بيعه إلا أن تعطل منافعه ، ...)

٥٢٥-٥٣٦ - مسألة : (ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته)

فائدة : نص الإمام أحمد ، على جواز تجديد

٥٢٥ بناء المسجد لمصلحته ...

فصل : وإذا بيع الوقف ، فأى شيء اشترى

بثمنه مما يرد على أهل الوقف ،

٥٢٦ جاز ، ...

فصل : فإن لم يكف ثمن الفرس الحبيس

لشراء فرس أخرى ، أعين به في

٥٢٧ شراء حبيس يكون بعض الثمن ...

تنبيه : فعلى المذهب ، المراد بتعطل منافعه ؛

٥٢٧ المنافع المقصودة ، ...

فصل : فإن لم تعطل منفعة الوقف بالكلية ،

٥٢٨ ... ، لم يجز بيعه ...

فوائد تتعلق بما لو أمكن بيع بعضه ؛ ليعمر

به بقيته ، وحكم ما لو جوزنا بيع

الوقف ، وحكم ما إذا بيع واشترى

- بدله ، وما قاله المصنف والشارح
وجماعة من أنه لا يشترط أن يشتري
من جنس الوقف الذي يبيع . ٥٢٨ - ٥٣٦
- فصل : قال أحمد ، في رواية أبي داود ،
في مسجد أراد أهله رفعه من
الأرض ، ويجعل تحته سقاية
وحوانيت . فامتنع بعضهم من
ذلك : ينظر إلى قول أكثرهم ٥٢٩
تنبيه : تلخص لنا مما تقدم في من يلى البيع
طرق ؟ ... ٥٣٢
- ٢٦٠١ - مسألة : (ما فضل من حصره وزيته) عن حاجته
(جاز صرفه إلى مسجد آخر ، ...) ٥٣٦ - ٥٣٨
- ٢٦٠٢ - مسألة : (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد) ٥٣٨ ، ٥٣٩
فائدة : قال الحارثي : فضلة غلة الموقوف
على معين ، يتعين إرصادها ... ٥٣٨
- ٢٦٠٣ - مسألة : (فإن كانت مغروسة ، جاز الأكل منها) ٥٣٩ ، ٥٤٠
فائدة : يحرم حفر بئر في المسجد ، فإن فعل ،
طُم ... ٥٤١
- فائدة : قال في « الفروع » : وإن بنى أو
غرس ناظر في وقف ، توجه أنه له ،
إن أشهد ، ... ٥٤١

آخر الجزء السادس عشر
ويليه الجزء السابع عشر ، وأوله :

باب الهبة والعطية
والحمد لله حق حمده

رقم الإيداع ٧٣٤٤/١٩٩٥ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 120 - 4

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع

المك. : ٤ ش. ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

الطبعة : ٦، ٢ ش. عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص. ب. ٦٣ إمبابة